Digitized by Google

7. 4 196

Digitized by Google

7. 4. 196 A
Pr[illegible]9.

Digitized by Google

J. d. 196

Google

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

M. F. C. DE SAVIGNY

[illegible]

PAR M. CH. GUENOUX

[illegible]

Seconde Édition

TOME HUITIÈME

PARIS

LIBRAIRIE DE FIRMIN DIDOT FRÈRES, FILS ET CIE

[illegible]

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

Digitized by Google

TYPOGRAPHIE DE H. FIRMIN DIDOT. — MESNIL (EURE).

Digitized by Google

Z. L. 196

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

PAR

M. F. C. DE SAVIGNY

MEMBRE DE L'INSTITUT DE FRANCE

Traduit de l'allemand

PAR M. CH. GUENOUX

DOCTEUR EN DROIT

Seconde Edition

TOME HUITIÈME

PARIS

LIBRAIRIE DE FIRMIN DIDOT FRÈRES, FILS ET Cie

IMPRIMEURS DE L'INSTITUT DE FRANCE

RUE JACOB, 56

1860

Digitized by Google

PRÉFACE.

Ce huitième volume diffère de ceux qui précèdent par la nature de son contenu. D'abord l'influence du droit romain y est beaucoup moins visible, ensuite les théories que j'expose, comparées à celles développées jusqu'ici, semblent incomplètes et inachevées. Cette imperfection ne tient pas à des difficultés dont la faiblesse de l'auteur n'a pu triompher, mais à la nature spéciale du sujet dont il s'agit de se rendre compte.

En cette matière, surtout pour la première moitié (Ch. I), les opinions des auteurs et les jugements des tribunaux nous offrent les dissidences les plus marquées et les plus nombreuses : Allemands, Français, Anglais et Américains se combattent mutuellement. Tous néanmoins s'accordent à témoigner pour ce genre de questions le plus vif intérêt, tous montrent une tendance au rapprochement et à la conciliation dont la science du droit ne nous fournit pas d'autre exemple. On dirait que c'est là un bien commun à toutes les nations civilisées; car si elles ne possèdent pas des principes généraux solidement établis, elles travaillent à les conquérir en réunissant leurs efforts. Nous avons un tableau de cet état de la science encore imparfaite, mais qui donne tant d'espérances, dans l'excellent ouvrage de

Story, si riche en matériaux et si utile pour les recherches.

Mais ici le développement et la formation d'une théorie juridique nous attire et nous attache moins que le spectacle de la vie du droit élaborant une pratique générale fondée sur la communauté des idées.

Voyons maintenant quelle est la position de notre sujet vis-à-vis des tendances et des partis actuels.

Cette matière prête moins que toute autre à l'antagonisme des germanistes et des romanistes. Sur les questions les plus importantes, il existe entre la plupart des auteurs allemands un accord que ne troublent pas ces débats souvent engagés au détriment de la science. Ici, comparativement à d'autres matières, nous ne trouvons en droit romain qu'un petit nombre de prescriptions directes et positives ; mais il importe de les bien connaître, car les décisions des auteurs et des tribunaux sont en grande partie fondées sur une interprétation saine ou erronée des règles et des principes du droit romain, dont souvent l'influence s'exerce presque à l'insu de ceux qui la subissent.

Si la démarcation rigoureuse des nationalités est une des tendances dominantes de notre époque, cette tendance ne saurait se montrer ici, où il s'agit de fondre les contrastes nationaux en une communauté acceptée de tous.

Ainsi donc, nous trouvons d'un côté de brillantes perspectives pour l'avenir, et de l'autre l'impossibilité de donner dès à présent une solution complète du problème, quel que soit d'ailleurs le mérite personnel de celui qui l'entreprendrait. Une semblable position encourage un auteur et lui inspire la modestie. Il doit se féliciter s'il contribue aux progrès de la science en posant quelques-uns des vrais principes de la matiere, lors même qu'un jour son œuvre ne devrait être considérée que comme un acheminement aux résultats obtenus plus tard.

Ceux qui m'ont précédé me semblent avoir eu le tort

7.4.196

de traiter séparément les deux objets que je réunis dans mon ouvrage, les limites qui dans le temps et dans l'espace bornent l'empire des règles du droit. J'ai cru devoir remédier à ce défaut en les réunissant, non-seulement par un lien extérieur, ce qui ne suffit pas, car souvent dans les livres élémentaires ils sont placés l'un à côté de l'autre, sans que ce rapprochement donne aucuns résultats remarquables ; mais en étudiant et en faisant ressortir la dépendance intime qui existe entre les principes communs à ces deux objets.

Le présent volume achève la partie générale du traité, telle que je l'ai définie au commencement de cet ouvrage (Vol. I, § 58). D'après le plan que je m'étais tracé, immédiatement après les trois premiers livres qui forment la partie générale, je devais publier la partie spéciale, dont j'avais marqué les divisions de la manière suivante :

Quatrième livre. *Droit des choses.*

Cinquième livre. *Droit des obligations.*

Sixième livre. *Droit de la famille.*

Septième livre. *Droit de succession.*

Des circonstances accidentelles ont interrompu pendant longtemps la continuation de cet ouvrage, et ont rendu son achèvement peut-être plus invraisemblable qu'il ne l'était à l'époque où je l'ai entrepris. Cette considération me détermine à modifier son ordonnance extérieure, sans que j'aie changé d'opinion sur la convenance du plan primitif en ce qu'il a d'essentiel.

Je considère désormais les huit volumes que j'ai publiés comme un ouvrage complet, au titre duquel on doit ajouter par la pensée : Partie générale.

Je publierai la partie spéciale du traité, non comme continuation de la partie générale, mais comme autant d'ouvrages distincts, en commençant par le droit des obligations, non par le droit des choses d'après mon plan pri-

mitif. Ces ouvrages distincts paraîtront avoir la forme extérieure de monographies, sans en avoir le caractère essentiel, que j'ai défini Vol. I, p. XXXVII ; et ils seront composés absolument au même point de vue qu'ils l'eussent été si je n'avais rien changé à mon plan.

Juillet 1849.

Digitized by Google

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN.

LIVRE III.

EMPIRE DES RÈGLES DU DROIT SUR LES RAPPORTS DE DROIT.

§ CCCXLIV. *Introduction.*

Le premier livre du présent traité avait pour objet les sources du droit, c'est-à-dire la base des règles du droit; le second avait pour objet la nature générale des rapports de droit que ces règles sont appelées à régir. Maintenant il ne me reste plus, pour achever la partie générale du traité, qu'à déterminer le lien qui existe entre les règles du droit et les rapports de droit : ce lien nous apparaît, d'un côté, comme l'empire des règles sur les rapports ; de l'autre côté, comme la soumission des rapports aux règles.

Mais pour que l'on saisisse tout d'abord dans son ensemble cette dernière partie de notre sujet aussi importante que difficile, il importe de bien déterminer ce que l'on doit entendre par cette dépendance entre les rapports et les règles (empire, soumission) (*a*).

Les règles du droit sont appelées à régir les rapports de droit; mais quelles sont les bornes de leur empire? Quels rapports de droit sont soumis a ces regles? Le sens de cette question est précisé par la nature du droit positif, qui n'est pas le même pour l'humanité tout entière, mais qui varie avec les peuples et les États, et au sein de chaque peuple est l'œuvre en partie des idées générales, en partie de certaines forces spéciales. C'est cette diversité des droits positifs qui rend si nécessaire et si importante la délimitation de leur empire respectif, délimitation qui seule permet de prononcer sur les collisions qui peuvent s'élever entre plusieurs droits positifs au sujet d'un rapport de droit donné.

On peut encore arriver par une autre voie à poser et à résoudre les questions que je viens de présenter Supposons un rapport de droit à juger; nous cherchons pour cela une règle du droit sous l'empire duquel se trouve ce rapport et

(*a*) Les bases de la présente recherche, et notamment les idées que je développe ici, sont indiquées Vol. I, § 4-9, § 15.

d'après lequel il doit être jugé. Si nous avons ici à choisir entre plusieurs règles de droit appartenant à différents droits positifs, nous sommes ramenés aux limites de l'empire de chaque droit positif et aux collisions qui résultent de ces limites. Ces deux manières d'envisager la question ne diffèrent que par leur point de départ. La question à résoudre reste toujours la même, et sa solution ne peut varier d'un cas à l'autre.

La plupart des auteurs qui ont écrit sur cette matière s'occupent exclusivement des collisions comme du seul problème qu'ils aient à résoudre, et cela à leur grand préjudice. Voici plutôt la filiation naturelle des idées. Pour les règles du droit on demande : quels sont les rapports de droit soumis à ces règles? pour les rapports de droit : à quelles règles sont-ils soumis? La question relative aux limites de l'empire des règles, et aux difficultés que peut soulever la démarcation de ces limites, ou les collisions, sont de leur nature des questions subordonnées et secondaires (*b*).

A la question de la limite des droits positifs se rattache une seconde question bien distincte, quoique ayant de l'analogie avec la première. Jusqu'ici nous avons considéré les règles du droit

(*b*) Wächter, II, p. 34, observe avec raison que beaucoup d'auteurs, en isolant complétement la question de l'application des lois et celle de la collision, sont conduits à donner des solutions différentes à des questions identiques en soit

comme fixes, sans tenir compte des changements que le temps peut y apporter. Or, le droit positif a pour essence de n'être jamais stationnaire et d'offrir une succession continuelle de développements organiqnes (*c*); aussi lui donne-t-on pour caractère de varier avec le temps. Ensuite tout jugement sur un rapport de droit actuel a nécessairement pour base des faits juridiques (*d*), qui toujours appartiennent à un passé plus ou moins éloigné. Or, comme, dans l'intervalle qui sépare l'origine du rapport de droit du moment actuel, le droit positif peut avoir subi des modifications, il s'agit de savoir à quelle époque on doit emprunter la règle qui régit le rapport de droit.

Nous avons donc ici une nouvelle espèce de limites pour l'empire des règles du droit et aussi une nouvelle espèce de collisions possibles, non moins difficiles et non moins importantes que celles relatives à l'autre espèce de limites. Au premier point de vue, les règles du droit nous apparaissent comme simultanées, fixes et immobiles; au second point de vue, elles nous apparaissent comme successives et variées par un développement continu. Pour abréger, je désignerai ce double point de vue par les expressions suivantes :

(*c*) Voy. Vol. I, § 7.
(*d*) Voy. Vol. III, § 104.

Limites locales de l'empire des règles du droit.

Limites temporaires de cet empire.

La seconde de ces expressions est claire de soi-même. Je ne pourrai justifier la première que dans le cours de la recherche à laquelle je vais me livrer.

Le présent ouvrage a pour objet le droit romain : quel est maintenant le rapport du droit romain avec les questions ici posées? Ces questions ont avec le droit romain deux espèces de rapports bien distincts.

D'abord, dès que le droit romain régit des États ou des peuples déterminés et se trouve en contact avec d'autres droits positifs, son application pratique exige la solution de ces questions. Ce besoin existerait lors même que les jurisconsultes romains n'auraient jamais songé à ces questions et ne s'en seraient jamais occupés. — Mais en fait les jurisconsultes romains ont traité ces questions, nous avons donc à rechercher et à constater leurs décisions. Quoiqu'elles soient en partie exclusives et incomplètes, et que l'on ne puisse pas toujours les appliquer directement, même dans les pays régis par le droit romain, il importe beaucoup de les bien connaître. En effet, les doctrines des auteurs modernes et la jurisprudence qui s'y rattache sont en grande partie fondées sur les décisions des Romains, souvent mal comprises; de sorte que l'intelligence et la critique de la théorie

et de la pratique moderne n'est possible que par une étude approfondie des principes du droit romain en cette matière.

Notre recherche sera divisée en deux chapitres : le premier consacré aux limites locales, le second aux limites temporaires de l'empire des règles du droit sur les rapports de droit.

Mais d'abord j'observe qu'il existe entre ces deux espèces de limites une certaine réciprocité d'action. Lorsque, en général, survient une collision temporaire entre deux règles de droit, et qu'il faut recourir à une délimitation pour établir l'empire de l'une ou l'autre règle, cela implique toujours un changement survenu, et ce changement peut survenir de deux côtés différents.

En premier lieu, du côté de la règle du droit. Le cas le plus simple est celui où le législateur par une loi nouvelle change la règle qui jusque-là régissait le rapport de droit, et crée aussi un nouveau droit objectif.

En second lieu, du côté du rapport de droit, lorsque, la règle demeurant la même, les conditions de fait du rapport de droit sont changées. Je citerai comme exemple la capacité d'agir, qui se règle d'après le droit en vigueur au domicile de la personne. Si maintenant la personne change de domicile, cela peut soumettre le rapport de droit à une règle nouvelle, et donner lieu à la

question de savoir si la capacité d'agir doit être jugée d'après la loi de l'ancien ou du nouveau domicile.

On ne saurait nier que cette seconde espèce de changement n'appartienne à la fois au domaine de la collision locale et à celui de la collision temporaire. Néanmoins, comme l'élément local domine, il vaut mieux rattacher toutes les collisions de ce genre aux limites locales de l'empire des règles, et dès lors en traiter dans le chapitre premier (*e*).

Il ne reste donc pour la recherche des limites temporaires de l'empire des règles (le chapitre second) que les changements de la première espèce, ceux qui surviennent du côté des règles du droit.

(*e*) La discussion de ces questions se trouve § 365 in fine, § 366-368, § 370, *n*, § 372 ; N. III, § 379 ; N. 3. — Il y a des matières où cette question ne saurait se présenter, parce que l'influence du rapport de fait variable en soi se trouve fixée à une époque déterminée, ce qui exclut la possibilité d'un pareil doute. Cela s'applique au droit de succession (§ 374, 377) et à la règle : *Locus regit actum* (§ 381).

CHAPITRE PREMIER.

LIMITES LOCALES DE L'EMPIRE DES RÈGLES DU DROIT SUR LES RAPPORTS DE DROIT.

§ CCCXLV. *Coup d'œil général.*

Auteurs (*a*) :

Bartolus in Codicem, L. 1, C. De summa trin. (I, 1), Num. 13-51.

B. Argentræi Comment. ad patrias Britonum Leges, ed. oct, Antverp. 1664. f. — L'article 218 de la coutume de Bretagne porte que nul ne peut ôter à ses héritiers légitimes plus du tiers de ses biens immobiliers. Là-dessus s'éleva la question de savoir si les immeubles situés hors de la Bretagne devaient être compris dans ce tiers, et d'Argentré, dans la sixième glose sur l'article cité p. 601-620, eut occasion d'exposer la théorie complète de la collision des lois. L'auteur mourut en 1590, et son livre ne fut publié qu'après sa mort en 1608.

Chr. Rodenburg, De jure conjugum, Traj., 1653,

(*a*) Pour abréger, je citerai simplement par leurs noms les auteurs dont je donne ici la liste.

in-4°. La question de la collision des lois est traitée avec étendue dans les *Prœliminaria*, p. 13-178.

P. Voetius, De statuis eorumque concursu, Leodii, 1700, in-4° (1re éd. Amst. 1661). Il n'est parlé de la collision des statuts que dans les sect. 4, 9, 10, 11.

J. N. Hertius, De collisione legum, 1688, Comm. et Opuscul. vol. I, p. 118-154. La sect. 4 (§ 1-74) se rapporte seule à notre sujet.

Ulr. Huber. De conflictu legum, dans les *Prælect.* ad Pand. comme appendice au Lib. I, Tit. 3 De legibus (§ 1-15).

J. Voetius, De statutis. Se trouve dans le Commentaire sur les Pandectes à la suite du Lib. I, Tit. 4. De constitut. princ., comme Pars 2 De statutis (§ 1-22).

L. Boullenois, Traité de la personnalité et de la réalité des lois, etc. Paris, 1766; 2 vol. in-4°, traduction française de l'ouvrage cité de Rodenburg avec des additions considérables.

D. Meier, De conflictu legum divers. Bremæ, 1810, in-8°.

G. V. Struve, üb. das positive Rechtsgesetz in seiner Bezeihung auf raumliche verhalttnisse. Carlsruhe, 1834, in-8°.

Jos. Story, Comment. on the conflict of laws. Boston, 1834; seconde édition originale très-augmentée, Boston, 1841, in-8°.

W. Burge, Commentaries on Colonial and fo-

reign laws generally and in their conflict with each other and with the law of England. London, 1848, 4 vol.

W. Schaffner, Entwickelung des internationalen Privatrechts. Frankf., 1841, in-8.

V. Wachter, über die collision der Privatgesetze, Archiv. f. civ. Praxis vol. XXIV, p. 230-231. vol. XXV, p. 1-60, p. 161-200, p. 361-419, en tout trente-deux §§; 1841-1842. Pour abréger je désignerai par I) les citations empruntées au vingt-quatrième volume, et par II) celles empruntées au vingt-cinquième.

Nic. Rocco, Dell' uso e autorità delle leggi delle due Sicilie considerate nelle relazioni con le persone e col territorio degli Stranieri. Napoli, 1842, in-8°.

Fœlix, Du droit international privé, deuxième éd., Paris, 1847, in-8° (1re éd., 1843).

Tout droit nous apparaît d'abord comme un pouvoir appartenant à la personne (*b*); nous devons donc, à ce point de vue primitif et direct, considérer les rapports de droit comme des attributs de la personne.

Dès lors la question qui nous occupe pourrait être posée en ces termes : à quelles personnes s'étend l'empire d'une règle de droit donnée? ou

(*b*) Voy. Vol. I, § 4.

en termes inverses : à quelles règles de droit est soumise une personne donnée?

Mais la considération suivante suffit pour nous convaincre que la question n'est pas bien posée. Dans le domaine des droits acquis (*c*), la personne s'étend vers les objets de ces droits acquis placés en dehors d'elle, et de cette extension résulte déjà la possibilité que la personne s'engage dans le domaine d'une règle de droit qui lui était primitivement étrangère. Mais cette simple possibilité prend un tout autre caractère quand nous envisageons la nature spéciale de ces droits acquis. Parmi ces objets se placent d'abord les personnes étrangères dont chacune obéit à un droit déterminé. Or, comme les personnes qui s'engagent dans un rapport de droit peuvent tout aussi bien obéir au même droit qu'à des droits différents, nous avons ici une source nouvelle et féconde de collisions entre les règles qui régissent les rapports de droit.

Un coup d'œil jeté sur les objets des règles du droit nous montrera combien d'espèces de collisions peuvent s'élever entre les règles qui forment le domaine des différents droits positifs (*d*).

Les règles du droit peuvent avoir pour objets :

(*c*) Voy. Vol. I, § 53.

(*d*) Je ne donne ici qu'un tableau sommaire. Je le reproduirai avec plus de détails § 361.

I) Les personnes en elles-mêmes, leur capacité du droit et leur capacité d'agir, ou les conditions sous lesquelles les personnes possèdent ou acquièrent des droits. C'est la classe des règles dont nous nous sommes occupés au commencement du présent paragraphe.

I) Les rapports de droit.

1) Droits à des choses déterminées.

2) Obligations.

3) Droits à un patrimoine entier considéré comme une unité idéale et d'une étendue indéterminée (droit de succession).

4) Droit de la famille.

De cette revue sommaire il résulte que l'objet direct et immediat régi par les règles du droit est la personne, et d'abord la personne dans son existence générale, comme sujet de tous les droits; puis ensuite la personne en tant que par ses actes libres, dans les cas les plus nombreux et les plus importants, elle forme les rapports de droit ou contribue à les former.

Mais la personne a en outre ses extensions artificielles. — Elle veut dominer les choses ; et, en abordant l'espace déterminé occupé par ces choses, elle s'expose à entrer dans le domaine d'un droit étranger. Ce fait, évident pour les immeubles qui occupent dans l'espace une place nécessaire et invariable, n'est pas moins réel pour les choses mobilières. — Elle veut, au moyen des obliga-

tions, maîtriser les actes d'autrui, ou soumettre ses propres actes à une volonté étrangère. — Par la famille elle revêt différentes formes de la vie, et par là même elle sort tantôt volontairement, tantôt involontairement du domaine de son droit primitif et purement personnel.

De ces considérations il résulte que, pour chaque cas donné, la règle à appliquer est désignée principalement par la soumission de la personne dont il s'agit à l'empire d'un droit déterminé, mais qu'en outre les modifications les plus importantes et les plus variées peuvent provenir du rapport que des choses, des actes ou des liens de famille déterminés, établissent avec d'autres droits positifs (*e*).

Nous devons donc rechercher d'abord pour quelles causes une personne est soumise à l'empire d'un droit positif déterminé.

§ CCCXLVI. *L'origine et le territoire comme causes de la soumission de la personne à un droit positif déterminé.*

Pour reconnaître le lien qui unit une personne à un droit positif déterminé, il faut se rappeler que le droit positif lui-même a son siége dans le

(*e*) C'est à cela que se rapporte la distinction généralement adoptée autrefois des *Statua personalia, realia, mixta,* dont j'aurai bientôt occasion de parler (§ 361).

peuple, soit comme grande unité naturelle, soit comme partie intégrante d'une semblable unité. On exprime cette vérité en d'autres termes, quand on dit : le droit positif a son siége dans l'État ou dans une partie organique de l'État; car le peuple n'a de réalité que dans l'État, puisque là seulement les volontés individuelles se traduisent en une volonté générale (*a*). Voyons donc comment s'établit, comment se circonscrit cette unité au sein de laquelle existent les règles du droit comme parties constitutives du droit positif. Par là nous découvrirons le lien qui rattache les individus à un seul et même droit positif.

Si nous cherchons historiquement la solution de ce problème, nous trouvons deux causes principales qui de tous temps ont établi et limité entre les individus la communauté du droit positif; ce sont l'origine et le territoire.

I) L'origine (la nationalité), comme motif et comme limite de la communauté du droit, a un caractère personnel et invisible. Quoique de sa nature elle semble soustraite à toute influence arbitraire, elle est néanmoins susceptible d'extension par des adoptions d'individus librement consenties.

La nationalité, comme motif et comme limite

(*a*) Voy. Vol. I, § 8, 9.

de la communauté du droit, nous apparaît surtout chez les peuples nomades, qui en général n'ont pas d'établissements fixes; tels étaient les Germains à l'époque de leurs migrations. Et même après qu'ils se furent établis sur le sol de l'empire romain, le principe de la nationalité subsista longtemps encore avec le système des droits personnels qui, dans chaque état, s'appliquaient concurremment; et là à côté du droit franc, lombard, etc., nous trouvons aussi le droit romain maintenu comme droit personnel des habitants primitifs des nouveaux États fondés par la conquête (*b*).

De nos jours, l'empire turc nous offre encore l'image la plus complète de cette espèce de communauté du droit. Dans les États chrétiens de l'Europe, les Juifs, pour qui la durée du droit national et même leur nationalité distincte se rattachait à la religion, ont conservé les derniers restes de la communauté du droit; mais ces restes eux-mêmes tendent constamment à s'effacer (*c*).

Il y a analogie mais non identité entre ce prin-

(*b*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. I, ch. III, § 30-33.

(*c*) En Prusse, par exemple, l'édit sur les Juifs rendu en 1812 soumet (art. 20-21) les Juifs au même droit que les autres sujets prussiens, et il ne maintient leur droit national particulier que comme exception.

cipe de la communauté du droit et celui qui dans un État reconnaît des classes distinctes de personnes. Chez les Romains la classification des *cives*, *latini*, *peregrini*, qui elle-même se rattache au système du *jus civile* et du *jus gentium* (*d*), nous montre ce principe appliqué et développé pendant plusieurs siècles. Néanmoins, quel que soit à d'autres égards l'importance de ces distinctions, au point de vue spécial où nous sommes placés, leur influence n'a jamais été comparable à celle de l'origine et du territoire.

II) Le territoire nous apparaît comme le second motif qui dans de larges proportions détermine et limite la communauté du droit entre les individus. Ce motif se distingue du précédent (la nationalité) en ce que sa nature est moins personnelle. Les frontières sont un signe extérieur et visible qui nous sert à le reconnaître, et l'influence de la volonté humaine sur son application est plus étendue et plus directe que sur l'application de la nationalité, où cette influence a plutôt un caractère d'exception.

Ce second motif de la communauté du droit, par ses développements successifs, a supplanté le premier (la nationalité). Parmi les causes qui ont amené ce résultat on doit mettre en première

(*d*) Voy. Vol. I, § 22, et Histoire du droit romain au moyen âge, vol. I, § 1.

ligne les communications actives et multipliées des peuples entre eux, qui devaient effacer les contrastes les plus saillants des nationalités. Mais il faut reconnaître que le christianisme, en unissant les différents peuples par le lien commun de la vie intellectuelle, a rendu moins saillantes leurs distinctions caractéristiques.

En prenant pour point de départ ce second motif de la communauté du droit, la collision qui doit surtout nous occuper se rapporte à la différence locale des droits, et le problème que nous avons à résoudre pour tous les cas possibles de collision peut se poser en ces termes :

Quel est dans chaque cas donné le droit territorial applicable?

C'est par la même raison que jusqu'ici j'ai appelé limites locales (§ 344) les limites du droit existant à une même époque.

Cherchons maintenant à faire comprendre par des exemples la question ici posée sur la collision de différents droits locaux ou territoriaux. Dans un lieu déterminé s'élève un procès sur l'exécution d'un contrat ou sur la propriété d'une chose. Mais le contrat a été passé, la chose litigieuse se trouve dans un lien autre que celui du tribunal, et ces deux localités ont un droit territorial différent. Ensuite, les parties peuvent être personnellement soumises à la juridiction du tribunal, ou à une même juridiction étran-

gère, ou bien encore à deux juridictions étrangères différentes. Le rapport de droit litigieux étant en contact avec tous ces droits locaux, d'après quel droit le procès doit-il être jugé? Tel est le sens de la question de collision dans son application aux droits territoriaux (*e*).

§ CCCXLVII. *Droits territoriaux contradictoires dans le même État.*

Entre les droits territoriaux contradictoires dont la collision va nous occuper (§ 346); il peut exister deux espèces différentes de rapports; et quoique les règles à appliquer demeurent toujours les mêmes, cette différence influe beaucoup sur le mode de leur application.

Ces droits territoriaux peuvent régir ou différents districts d'un seul et même État, ou différents États indépendants les uns des autres.

I) J'ai désigné ailleurs les droits particuliers existant au sein d'un seul et même État sous le nom de droits *particuliers*, par opposition à un

(*e*) Les collisions entre différents droits peuvent se présenter également quand le droit est déterminé par l'origine, et demandent à être aplanies comme celles relatives aux droits territoriaux. Le côté de la question dont je ne parle qu'au point de vue historique n'a aucun intérêt pour le droit actuel, et son examen serait ici déplacé. Voy. Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, Vol. I, § 46.

droit commun de cet Etat, et ces droits particuliers peuvent revêtir la forme de lois ou celle de coutumes (*a*).

Leur origine historique et les délimitations qui s'y rattachent sont extrêmement variées. Du temps de l'empire d'Allemagne, les rapports entre les différents États de l'empire qui les embrassait tous donnaient lieu aux applications les plus importantes de cette espèce de droits (*b*). — De semblables rapports existaient au sein de chacun des États qui composaient l'empire, et ils existent encore aujourd'hui, bien que l'empire ait été dissous.

Ces droits particuliers régissent tantôt une province, tantôt une subdivision de province, tantôt une commune. Le plus souvent ils sont établis pour le territoire d'une ville quelquefois même pour une partie de ce territoire (*c*).

(*a*) Voy. Vol. I, § 8, 18, 21.

(*b*) Vol. I, § 2. — Nous retrouvons un rapport presque semblable entre les petits États souverains qui formaient l'union des Pays-Bas, mais qui n'étaient pas, comme les États allemands, soumis à un pouvoir politique supérieur et à une législation commune. Les cas de collision qui se présentaient fréquemment ont déterminé les jurisconsultes hollandais (Rodenburg, P. Voet, J. Voet, Huber) à s'occuper spécialement de la question dont il s'agit. Le même rapport existe aussi entre les États de l'Amérique du Nord.

(*c*) Ainsi, par exemple, jusqu'au 1er janvier 1840 il y eut à Breslau cinq lois particulières différentes sur le droit de

Lorsqu'un droit particulier s'étend à une province ou à une portion de province, souvent il dérive de ce que la province formait autrefois un État indépendant, ou bien appartenait à un État autre que celui auquel elle se trouve incorporée.

Souvent le droit particulier qui régit une ville a été institué par le souverain du pays ou par l'autorité municipale avec le consentement du souverain.

Cette origine du droit particulier des villes se retrouve déjà dans l'empire romain, où avant leur réunion à l'empire elles avaient leur législation spéciale, droit que leur réunion à l'empire ne leur enlevait pas complétement, bien qu'elles fussent toujours soumises aux lois nouvelles rendues à Rome (*d*). Ce sont elles qui en général ont fourni aux jurisconsultes romains l'occasion de traiter le sujet qui nous occupe (*e*). Leur droit contraste comme droit particulier avec le droit romain commun. — Les droits qui au moyen

succession, le droit des biens entre époux, etc., et qui constituaient autant de juridictions locales. Souvent le droit variait d'une maison à une autre ; quelquefois même une maison placée sur les confins de deux juridictions, étaient régie en partie par une loi, en partie par une autre. Voy. la loi du 11 mai 1839 (Gesetzammlung, 1839, p. 166).

(*d*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, Vol. I, ch. 2.

(*e*) Voy. § 344.

âge se formèrent dans presque toutes les villes de l'Italie sont beaucoup plus étendus et plus importants; ils contrastaient non-seulement avec le droit romain, mais aussi avec le droit lombard, considérés l'un et l'autre comme droit commun *(f)*. C'est pour ces villes que fut créée l'expression technique de *statuta*, qui fut ensuite appliquée dans d'autres pays, et à laquelle se rattache la théorie des *Statuta personalia*, *realia*, *mixta* (§ 345, *f.*) +

Voici un cas que l'on pourrait vouloir rapporter à la collision des droits territoriaux au sein d'un même État, mais qui en réalité a une nature toute différente et ne rentre nullement dans la présente recherche. — Il peut y avoir dans chaque État des droits particuliers subordonnés les uns aux autres, et s'étendant graduellement depuis le territoire le plus restreint jusqu'à l'État tout entier. Ici l'on peut encore parler de collision, car chacun de ces droits particuliers est en vigueur dans un lieu déterminé; et s'ils se contredisent, on peut, à propos d'un cas donné, demander lequel de ces droits doit fournir la règle à appliquer. Mais alors la question de collision, si l'on veut employer ce terme, a un tout autre sens que quand il s'agit des droits particuliers

(*f*) Histoire du droit romain au moyen âge, Vol. III, § 42, 189; Vol. II, § 76.

d'un même État placés en présence les uns des autres, sans qu'il y ait entre eux aucun lien de subordination et de dépendance.

Quand il s'agit de plusieurs droits subordonnés les uns aux autres, la règle est fort simple : on applique de préférence le droit dont les limites sont le plus restreintes, à moins qu'il n'existe dans le droit supérieur une disposition ayant le caractère d'une loi absolue (*g*).

La collision entre plusieurs droits particuliers indépendants ne peut se résoudre par une règle aussi simple. Elle exige une recherche plus profonde, que l'on trouvera dans la suite du présent chapitre. Comme nous ne nous occupons ici que des droits particuliers d'un seul et même État (*h*), on pourrait croire que la collision de ces droits a été réglée par la législation générale de chaque État. Mais cela n'a été fait nulle part d'une manière complète, et les questions les plus impor-

(*g*) Voy. Vol. I, § 21, 45. Ainsi hors de ce cas spécial s'applique la règle : le droit de la cité l'emporte sur le droit du pays ; le droit du pays, sur le droit commun.

(*h*) Cette supposition est admissible, soit qu'un même droit commun domine les droits particuliers (comme le code prussien domine les droits provinciaux de Brandebourg, de la Poméranie, de la Prusse orientale et occidentale), soit que cette dépendance n'existe pas (et telle est la position des provinces Rhénanes vis-à-vis des autres provinces de la Prusse), car une loi générale du royaume pourrait très-bien régler les collisions de ces différents droits.

tantes en cette matière ont été presque toujours laissées dans le domaine de la science.

§ CCCXLVIII. *Droits territoriaux contradictoires dans des Etats différents.*

II) Je passe au second cas possible de collision entre plusieurs droits territoriaux, celui où ces droits n'appartiennent pas à un même État, mais à des États divers et indépendants les uns des autres (§ 347). Si nous nous reportons aux exemples que j'ai cités plus haut en posant la question générale de collision (§ 346), voici la forme qu'ils revêtent ici. Un rapport de droit litigieux sur lequel un juge de notre pays est appelé à prononcer, d'après les faits qui lui servent de base (par exemple le lieu où l'acte a été passé, le lieu où se trouve la chose litigieuse) met notre droit positif en contact avec le droit positif contraire d'un État étranger. Ensuite, il se peut que les plaideurs soient tous deux des nationaux ou tous deux des étrangers, ou bien que l'un deux soit un national et l'autre un étranger. De ces différents droits territoriaux quel est celui dont le juge doit faire l'application ?

La même question aurait pu être portée devant le juge étranger, si le procès s'était trouvé engagé non dans notre pays, mais dans l'État étranger.

Plusieurs auteurs ont essayé de résoudre ces

questions par le principe de l'indépendance des États, la souveraineté, et ils prennent comme point de départ les deux règles suivantes : 1° Chaque Etat peut exiger que dans toute l'étendue de son territoire on ne reconnaisse d'autres lois que les siennes. 2° Aucun Etat ne peut étendre au delà de ses limites l'application de ses lois (*a*).

Loin de méconnaître la vérité de ces principes, je veux les pousser à leurs dernières limites, mais je ne pense pas qu'ils puissent beaucoup aider à la solution du problème.

L'extension la plus grande de l'indépendance de l'Etat vis-à-vis des étrangers pourrait conduire à leur refuser absolument la capacité du droit. Cette doctrine n'est pas étrangère au peuple romain (*b*) ; et s'il n'en a pas fait une application complète, il y avait du moins, quant à la capacité du droit, une grande différence entre les Romains et les étrangers (§ 346). — La tendance constante du droit actuel a toujours été d'établir sur ce point une assimilation parfaite entre les nationaux et les étrangers (*c*).

(*a*) Huber, § 2 ; Story, § 18-21.

(*b*) Le droit romain déclare cette absence de tous droits, avec ses conséquences réciproques, non-seulement pour les *hostes*, ce qui implique des hostilités déclarées, mais aussi pour tous les citoyens des États qui n'ont contracté avec Rome ni *fœdus* ni *amicitia*. L. 5, § 2 de capt. (XLIX, 15).

(*c*) Wächter, I, p. 253, II, p. 33, 34, 181 ; Puchta, Pandekten, § 45, 112 ; Eichhorn, Deutsches Recht, § 75.

Mais cette égalité des personnes ne décide encore rien sur la question de collision entre le droit national et les droits étrangers. D'abord nous devons reconnaître que, quand des cas de collision ont été prévus par les lois d'un pays, les juges de ce pays doivent se conformer entièrement à ces prescriptions (*d*). Seulement, aucune législation n'a épuisé cette matière, surtout dans les États régis par le droit commun allemand (*e*).

En vertu du droit rigoureux de souveraineté on pourrait sans doute enjoindre aux juges d'un pays d'appliquer exclusivement leur droit national, sans égard aux dispositions contraires d'un droit étranger avec le domaine duquel le rapport de droit litigieux pourrait se trouver en contact. Mais une semblable prescription ne se trouve dans aucune législation connue, et devrait être repoussée par les considérations suivantes.

Plus les relations entre les différents peuples sont nombreuses et actives, plus on doit se convaincre qu'il faut renoncer à ce principe d'exclusion pour adopter le principe contraire. C'est

(*d*) Wächter, I, p. 237 sq. ; Story, § 23. On est étonné de voir Struve, § 9, 37, combattre cette doctrine, et déclarer nulles les lois qui ne sont pas conformes aux vrais principes sur la collision.

(*e*) Il en est de même ici que pour la collision des droits particuliers (§ 347).

ainsi que l'on tend à la réciprocité dans l'appréciation des rapports de droit à établir, devant la justice entre les étrangers et les nationaux, une égalité que réclame l'intérêt des peuples et des individus. Si cette égalité était complétement réalisée, non-seulement dans chaque Etat les tribunaux seraient accessibles aux étrangers comme aux nationaux (ce qui constitue l'égalité de traitement pour les personnes), mais, dans le cas de collision des lois, la décision rendue sur le rapport de droit serait toujours la même, quel que soit le pays où le jugement aurait été prononcé.

Le point de vue où nous placent ces considérations est celui d'une communauté de droit entre les différents peuples; et par la suite des temps ce point de vue a été de plus en plus généralement adopté sous l'influence des idées chrétiennes et des avantages réels qu'il procure à toutes les parties.

Cela nous mène à adopter, pour la collision des droits territoriaux des Etats indépendants, les principes fondamentaux qui régissent la collision des droits particuliers de chaque Etat (§ 347), et cette assimilation doit servir de point de départ à la présente recherche.

Le problème à résoudre pour les deux espèces de collision peut donc se poser en ces termes :

Déterminer pour chaque rapport de droit le

domaine du droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport.

Comparée au droit rigoureux dont j'ai parlé plus haut, cette assimilation peut être regardée comme un accord amiable entre les États souverains qui admettent des lois originairement étrangères au nombre des sources où leurs tribunaux doivent chercher le jugement de nombreux rapports de droit (*f*).

Seulement il ne faut pas voir dans cet accord l'effet d'une pure bienveillance, l'acte révocable d'une volonté arbitraire, mais bien plutôt un développement propre du droit, suivant dans son cours la même marche que les règles sur la collision entre les droits particuliers d'un même Etat (*g*).

Néanmoins les deux espèces de collision ne peuvent être assimilées complétement l'une à

(*f*) Huber, de conflictu legum, § 2. « Rectores imperiorum id *comiter agunt*, ut jura cujusque populi.... teneant ubique suam vim. » J. Voet. de statutis, § 1, 12, 17. « Dein quid *ex comitate* gens genti... liberaliter et officiose indulgeat, permittat, patiatur, ultro citroque. »... — Story, Conflict of laws, § 24-38.

(g) Je ne puis donc être d'accord avec Wächter, I. 240; II, p. 12-15, où il recommande avec tant d'instance de ne pas confondre le point de vue judiciaire et le point de vue législatif. Ce qu'il appelle le point de vue législatif rentre certainement en grande partie dans le domaine de la jurisprudence, puisque le législateur a laissé en cette matière une si grande latitude au développement scientifique.

l'autre. On a vu (§ 347) que la question de collision entre des droits particuliers contradictoires pouvait être résolue par une loi générale supérieure à ces droits. Une semblable solution est inapplicable aux lois contradictoires de différents Etats indépendants.

Ce point de vue d'une communauté de droit entre Etats indépendants, qui tend à régler d'une manière uniforme la collision de différents droits positifs, était étranger aux Romains. Il a fallu l'impulsion extraordinaire donnée aux relations des peuples dans les temps modernes pour faire établir et reconnaître ces principes généraux.

Si les auteurs modernes n'ont pas adopté expressément ce point de vue, ils s'en rapprochent en réalité toutes les fois que dans cette recherche ils invoquent un droit coutumier général (*h*). Sans doute c'est surtout pour le domaine du droit commun allemand qu'ils invoquent ce droit coutumier; mais il doit évidemment prendre plus d'extension, puisqu'on lui donne pour bases les opinions des auteurs qui tendent constamment à se rapprocher, et les décisions judiciaires. On a souvent discuté sur le contenu et les limites de ce droit coutumier, mais le fait que l'on reconnaît généralement son existence et que l'on cher-

(*h*) Wächter I, p. 255-261; II, p. 175-177, 195, 371; Schäffner, § 21.

che à déterminer son contenu, est une preuve décisive à l'appui de ce que j'avance. On ne doit nullement s'étonner de trouver des incertitudes et des divergences d'opinions sur une matière qui, comme celle qui nous occupe, est en voie de formation (*i*).

Les vues que je viens d'exposer sur la possibilité et les avantages qu'il y aurait à régler d'un commun accord la collision des droits locaux, se trouvent en grande partie réalisées par les traités conclus à ce sujet entre différents États, surtout entre États voisins, où les cas de collision sont les plus fréquents. Les jurisconsultes recommandent et appellent de tous leurs vœux ces espèces de traités, et nous en avons depuis longtemps des exemples (*k*). Mais il ne faut pas croire que là où les traités existent ils établissent un droit positif tout nouveau, et changent complétement l'état de choses antérieur. Presque toujours il ne sont que l'expression de cette communauté de droit dont j'ai parlé plus haut, et dès lors un acheminement à sa reconnaissance toujours plus complète.

De nos jours la Prusse est l'État qui a conclu le plus grand nombre de semblables traites, et

(*i*) Voir sur ce point la préface du présent volume.

(*k*) J. Voet, § 1, 12, 17.

dans tous domine évidemment le point de vue que je présente ici. Je vais donner la liste de ces traités conclus par la Prusse avec des États voisins, afin de les citer plus facilement dans le cours de cette recherche.

Traité avec Saxe-Weimar, 1824; Gesetz-Sammlung, 1824, p. 149.
— Saxe-Altenbourg, 1832; Id., 1832, p. 105.
— Saxe-Cobourg-Gotha. 1833; Id., 1834, p. 9.
— Reusz-Gera, 1834; Id., 1834, p. 124.
— Royaume de Saxe, 1839; Id., 1839, p. 353.
— Schwarzbourg-Rudoldstadt, 1840; Id., 1840, p. 239.
— Anhalt-Bernbourg, 1840; Id., 1840, p. 250.
— Brunswick, 1841; Id., 1842, p. 1.

§ CCCXLIX. *Droits territoriaux contradictoires dans des États différents* (Suite).

Jusqu'ici nous avons été amenés à reconnaître que, pour prononcer sur un rapport de droit en contact avec différents États indépendants, le juge devait appliquer le droit local auquel appartient le rapport de droit litigieux, sans distinguer

si ce droit est celui de son pays, ou celui d'un État étranger (§ 348).

Nous devons maintenant apporter une restriction à ce principe; car il y a plusieurs espèces de lois dont la nature spéciale n'admet pas cette indépendance de la communauté du droit entre différents États. En présence de ces lois, le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l'application du droit étranger. De là résulte une série d'exceptions très-importantes, dont la détermination rigoureuse est peut-être la partie la plus difficile du problème que nous avons à résoudre. Souvent les auteurs ont été préoccupés, à leur insu, par ces cas exceptionnels; et si les règles que ces exceptions limitent n'ont pas été reconnues généralement, cela y a beaucoup contribué. Aussi celui qui parviendrait à assigner à ces exceptions leur véritable caractère et leurs véritables limites écarterait bien des débats touchant les règles mêmes, et opérerait un rapprochement entre les diverses opinions.

Je vais essayer de ramener toutes ces exceptions à deux classes principales :

A) Lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires, par là même n'admettant pas cette liberté d'appréciation qui n'a pas égard aux limites de divers États.

B) Institutions d'un État étranger dont l'exis-

tence n'est pas reconnue dans le nôtre, et qui par conséquent n'y peuvent prétendre à la protection des tribunaux.

A) Lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires.

J'ai signalé ailleurs (*a*) divers contrastes dans la nature et l'origine des règles du droit. Nous devons nous reporter à ces distinctions; mais ici elles sont insuffisantes; et, pour atteindre notre but, il nous faut étudier plus attentivement les différences que présente la nature des règles du droit.

Si l'on croyait pouvoir se contenter de la distinction entre les règles absolues et les règles supplétives (§ 16), on se tromperait. Cette distinction n'est pas sans influence sur notre question : car jamais une règle de droit purement supplétive ne figurera parmi les cas exceptionnels qui nous occupent (*b*); mais ce serait une grave erreur que d'attribuer à toutes les lois absolues un caractère tellement positif et obligatoire, qu'on

(*a*) Voy. Vol. I, § 15, 16, 22.

(*b*) Toute loi sur les successions ab intestat est une loi supplétive; car elle n'agit qu'en l'absence d'un acte de dernière volonté. Aussi est-il reconnu généralement qu'on peut étendre l'action de cette espèce de lois au delà de leur domaine originaire; car les nombreuses divergences d'opinions ne portent pas sur ces lois en elles-mêmes, mais sur leur application à la propriété foncière, dont je parlerai plus bas avec détails (§ 376).

dût les ranger parmi les cas exceptionnels. Ainsi, par exemple, toute loi sur le commencement de la prescription est une loi absolue, car elle n'est pas uniquement faite pour suppléer à l'expression d'une volonté privée; néanmoins, on s'accorde à reconnaître que les lois de cette espèce peuvent sans aucun inconvénient s'appliquer hors des limites de l'État où elles ont été rendues (§ 362).

Pour savoir si une loi rentre dans les cas exceptionnels, il faut avant tout rechercher l'intention du législateur. S'il l'a exprimée formellement, cette déclaration suffit; car elle a le caractère d'une loi sur la collision, à laquelle on doit toujours une complète obéissance (§ 348, *d*). Mais comme de semblables déclarations existent rarement, nous devons nous reporter aux différences que présente la nature des lois absolues, ce qui nous donne la distinction suivante.

Il y a une classe de lois absolues dont le seul motif, le seul but est de garantir par des règles certaines l'exercice des droits, et qui dès lors sont faites uniquement dans l'intérêt des personnes titulaires des droits. Telles sont les lois qui restreignent la capacité d'agir pour cause de l'âge ou du sexe, etc., celles qui règlent les formes de la transmission de la propriété par simple contrat ou par tradition). — Il n'existe aucune rai-

son pour ranger ces lois parmi les cas exceptionnels, et les collisions auxquelles elles donnent lieu peuvent très-bien se régler d'après le principe de la communauté du droit la plus libre; car jamais un État n'hésitera à permettre dans son territoire l'application d'une loi étrangère de cette espèce.

Une autre classe des lois absolues a, au contraire, son motif et son but en dehors du domaine du droit conçu abstractivement (*c*), de sorte qu'elles ne sont pas uniquement faites dans l'intérêt des personnes titulaires des droits. — Les lois de cette classe peuvent avoir pour base un motif moral; tel est la loi qui prohibe la polygamie. — Elles peuvent être dictées par un motif d'intérêt général (*publica utilitas*), soit qu'elles revêtent un caractère politique, de police ou d'économie politique. Telles sont plusieurs lois qui restreignent l'acquisition de la propriété foncière par les Juifs.

Toutes les lois de cette espèce rentrent dans les cas exceptionnels mentionnés plus haut; de sorte que, par rapport à leur application, chaque État doit être considéré comme absolument isolé. — Ainsi dans un pays où la polygamie est défendue, les tribunaux doivent refuser leur protection au mariage de l'étranger fait selon les lois

(*c*) « Contra rationem juris. » Voy. Vol. I, § 16, note *p*.

deson pays qui autorisent la polygamie. — Si nos lois interdisent aux Juifs l'acquisition de la propriété foncière, nos juges doivent interdire cette acquisition, non-seulement aux Juifs de notre pays, mais encore aux Juifs des États étrangers où cette interdiction n'existe pas, bien que, d'après les principes généraux sur la collision, la capacité personnelle du droit et la capacité d'agir soient déterminées par les lois du domicile de la personne. Mais réciproquement l'État étranger dont les lois permettent aux Juifs l'acquisition de la propriété foncière, permettra cette acquisition aux Juifs de notre pays, sans égard à la loi prohibitive de leur domicile personnel.

B) Institutions d'un État étranger dont l'existence en général n'est pas reconnue dans le nôtre.

Le juge d'un État qui ne connaît pas la mort civile de la législation française ou russe, n'appliquera pas l'incapacité du droit résultant de la mort civile encourue en France ou en Russie, quoique, d'après les règles générales sur la collision, la capacité personnelle des individus soit déterminée par le droit de leur domicile (*d*). — De même dans un pays où l'esclavage est inconnu, le nègre esclave qui y réside ne sera pas

(*d*) Voy. Vol, II, § 75. — Schäffner, § 35, est sur ce point d'une autre opinion que la mienne, à moins que l'on n'admette en principe que l'on ne doit exécuter aucun jugement rendu en pays étrangers.

traité comme propriété de son maître, et comme privé de la capacité du droit (*e*). Pour ce dernier cas les deux points de vue que je viens d'exposer conduisent au même résultat. L'esclavage, comme institution de droit, n'est pas reconnu chez nous, et, d'après nos idées, il y a immoralité à traiter un homme comme une chose. Ce premier motif est applicable au cas de la mort civile que je citais tout à l'heure, mais non le second, car la mort civile n'est pas plus immorale que toute autre peine très-rigoureuse.

Malgré les différences extérieures qui existent entre les classes des lois absolues que je viens d'énumérer, elles ont toutes ce caractère commun d'anomalie, que pour la collision des droits locaux elles échappent à cette communauté du droit, en général si désirable. Mais on peut espérer que, par suite du développement naturel du droit chez les différents peuples, le nombre de ces cas exceptionnels tendra constamment à diminuer (*f*).

Les exceptions aux règles générales sur la

(*e*) Wächter, II, p. 172; Schaffner, § 34.

(*f*) Lorsque je traiterai (§ 365) de la capacité du droit et de la capacité d'agir, je ferai les applications les plus importantes et les plus variées des règles que j'expose ici. Ce qui, quant à présent, peut paraître trop abstrait ressortira alors avec une évidence qui m'aidera à opérer la conviction du lecteur.

collision dont je parle dans le présent paragraphe se rapportent aux droits territoriaux contradictoires de différents États. Ces exceptions s'appliquent beaucoup plus rarement aux droits particuliers d'un seul et même État (§ 347); car les lois positives, rigoureusement obligatoires, que j'ai définies plus haut, sont ordinairement rendues pour l'État tout entier, sans égard aux limites des droits particuliers. Néanmoins, ces cas exceptionnels existent aussi dans le même État, quand la diversité des droits locaux remonte à une époque où plusieurs parties du territoire actuel n'étaient pas encore réunies à l'État. Tel est notamment le rapport qui existe entre le droit des provinces rhénanes prussiennes et celui des autres provinces de la Prusse. Ainsi donc les règles spéciales posées dans le présent paragraphe trouvent également leur application dans les limites d'un même État.

§ CCCL. *Principes du droit romain sur l'*origo *et le* domicilium. — Introduction.

Jusqu'ici le résultat de notre recherche a été de reconnaître que la collision de différents droits positifs dans le jugement d'un rapport de droit se réglait directement et principalement d'après l'état du droit de la personne engagée dans ce rapport, et que les déviations nombreuses

et importantes faites à ce principe devaient pour être bien comprises se rattacher au principe même qu'elles modifient (§ 345). Nous avons reconnu, en outre, que d'après une règle depuis longtemps généralement admise, l'état du droit de la personne était déterminé par le territoire et non par l'origine (§ 346-348).

Mais nous n'avons jusqu'ici qu'un résultat de forme; car il nous reste toujours à savoir comment la personne et l'état de son droit se rattachent au territoire ? ou faut-il chercher le lien qui unit la personne et le droit du territoire ? Voilà la question que nous devons d'abord résoudre.

Ici nous trouvons deux rapports de fait qui constituent le lien que nous cherchons ; *origo* et *domicilium*, l'origine et le domicile. Il s'agit d'expliquer la signification de ces deux faits, leur influence juridique et la relation qui existe entre eux.

Personne ne met en doute que ces expressions et les idées de droit qu'elles désignent ne nous aient été transmises par le droit romain : tous ceux qui en font l'application remontent aux sources de ce droit. Nous devons donc avant tout déterminer exactement ce que les jurisconsultes romains entendent par ces expressions, et quelle influence ils attribuent aux idées de droit qu'elles désignent. Mais cela ne veut pas dire que les

principes des Romains doivent toujours nous servir de guides; car on verra, dans le cours de cette recherche, que sur l'une de ces matières l'état actuel du droit diffère essentiellement de ce qu'il était chez les Romains. Nous devons donc commencer par nous mettre en garde contre les fausses applications que l'on pourrait faire de prétendues expressions techniques et de prétendues règles du droit romain.

L'une de ces deux expressions, celle de *domicilium*, offre peu de dangers; car les règles sur le domicile n'ont pas été essentiellement modifiées, et ainsi l'application journalière suffit pour ne pas s'écarter des vrais principes. Il en est autrement de l'*origo* (l'origine), non que les décisions du droit romain soient obscures ou équivoques, mais parce que aujourd'hui l'état du droit diffère complétement de ce qu'il était chez les Romains: dès lors la pratique ne suffit pas pour donner l'intelligence des principes et prévenir les idées erronées. Comme l'expression *origo* peut aisément se traduire par le lieu de la naissance, cette interprétation a été souvent admise par les jurisconsultes modernes, même par ceux qui donnent aussi le véritable sens de *origo* d'après les sources du droit romain (*a*). Le simple lieu de

(*a*) Voet, ad Pand. V, 1, § 91 : « Est autem originis locus, in quo quis *natus est*, aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente. » Cette ad-

la naissance est en soi une circonstance tout à fait accidentelle, sans aucune influence juridique.

Avant de pouvoir établir le sens véritable de ces expressions techniques, j'observe que leur signification pratique ne saurait être restreinte à la solution de notre question de collision comme conséquence isolée, mais que cette solution même rentre comme simple accessoire dans un plus vaste ensemble.

En effet, chaque individu, en ce qui touche les rapports du droit public, se trouve placé dans une double dépendance : d'abord envers l'Etat dont il est citoyen et sujet, puis envers une circonscription locale plus restreinte (d'après la constitution romaine une municipalité), qui forme une des parties organiques de l'Etat. La dépendance qui rattache l'individu à cette circonscription restreinte, a des conséquences diverses et importantes ; en droit romain elle le soumet aux charges locales (*munera*) ; elle lui impose l'obéissance aux magistrats municipaux ; elle le soumet au droit positif de la ville, qui doit être considéré comme le droit personnel de cet individu.

L'obéissance envers les magistrats municipaux

dition prévient les conséquences fâcheuses de la fausse doctrine, mais on voit d'après les citations qui suivent que les opinions ne sont pas bien arrêtées sur ce point. Glück, vol. VI, § 511, est également incertain et confus ; car l'idée du *lieu de naissance* y obscurcit l'exposé des vrais principes.

se manifeste par la juridiction à laquelle chaque individu est régulièrement soumis, le *forum originis* et le *forum domicilii*.

Enfin le droit positif local, comme droit personnel de chaque individu, nous fournissait l'occasion de mentionner ici sommairement cet objet; il était bon de le signaler avant de parler du lien qui existe entre la compétence du juge et le droit personnel (*forum* et *lex originis forum* et *lex domicilii*) (*b*).

Après ces observations préliminaires je vais montrer le véritable sens en droit romain de *origo* et *domicilium*, et le rapport pratique de l'une à l'autre. En effet, l'*origo* et le *domicilium* déterminent pour chaque individu :

1° L'obligation de participer aux charges de la ville (*munera*);

2° L'obéissance envers les magistrats municipaux, et notamment la juridiction personnelle qui s'y rattache;

3° Le droit spécial d'une ville qui lui est applicable, comme attribut de sa personne.

Ces effets sont produits tantôt par les deux rapports que je viens de décrire (*origo* et *domici-*

(*b*) Qu'on ne soit pas surpris de me voir employer ici des expressions aussi générales et aussi abstraites. Les explications et les détails plus précis tant sur le droit romain que sur le droit actuel ne peuvent venir que dans le cours de la présente recherche.

lium), et alors ils peuvent exister dans deux localités différentes; tantôt par un de ces rapports seulement. Voilà les points qu'il s'agit maintenant de préciser.

§ CCCLI. *Principes du droit romain sur l'*origo *et le* domicilium.

Sources communes à l'*origo* et au *domicilium*.

Dig. L. 1 (ad municipalem et de incolis) et L. 4 (de muneribus et honoribus).

Cod. X, 38 (de municipibus et originariis), et X, 39 (de incolis, et ubi quis domicilium habere videtur, et de his qui studiorum causa in alia civitate degunt).

Du temps où la constitution romaine avait acquis tout son développement, vers la fin de la république et dans les premiers siècles de la domination impériale, voici quelles étaient les diverses parties intégrantes de l'empire romain (*a*).

L'Italie entière, non compris la ville de Rome, se composait d'un grand nombre de communes urbaines, la plupart municipes et colonies, et de diverses communautés secondaires. Chacune d'elles avait sa constitution plus ou moins indépen-

(*a*) Voy. Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. I, ch. II.

dante, ses magistrats, sa juridiction et même sa législation spéciale (§ 347, *d*). Ainsi, tout le sol de l'Italie, à l'exception de la ville de Rome et de son territoire, était compris dans les dépendances de ces villes, et tout habitant de l'Italie, appartenait ou à la ville de Rome ou à l'une de ces communes urbaines.

Les provinces, au contraire, avaient dans l'origine des constitutions très-différentes. Peu à peu elles se rapprochèrent toujours davantage de la constitution des villes de l'Italie, sans arriver néanmoins à une complète assimilation.

Du temps des grands jurisconsultes, au second et au troisième siècle de l'ère chrétienne, on pouvait appliquer presque à tout l'empire ce que nous avons dit de l'Italie; le sol presque entier de l'empire était partagé en territoires distincts de villes, et ainsi les habitants de l'empire appartenaient ou à la ville de Rome ou à une de ces communes urbaines (*b*).

Les communes urbaines sont désignées sous le nom général de *civitates* ou *respublicæ* (*c*).

(*b*) Je montrerai plus bas comment ils pouvaient et même comment par la suite ils durent appartenir en même temps à l'une et à l'autre.

(*c*) Voy. Vol. II, § 87. *Municipes*, comme expression collective, est souvent employé pour désigner la commune elle-même comme personne juridique; il est alors synonyme de *municipium*, bien que ce mot, dans ce sens abstrait (appliqué à toute espèce de villes), ne soit pas usité (§ 352, *f*, *g*).

Le territoire de chaque ville est appelé *territorium*, et quelquefois aussi *regio* (*d*). Chaque territoire de ville et la commune qui en dépendait embrassait les *vici* compris dans ses limites (*e*) et les métairies isolées, qui de tous temps ont renfermé une si grande partie de la population italienne. D'après cela, on peut conclure que le sol de l'empire se partageait presque tout entier en une multitude de territoires de villes.

Nous avons maintenant à montrer comment chaque individu appartenait à une commune urbaine, et se trouvait vis-à-vis de la commune dans un rapport déterminé de dépendance. Cela s'effectuait de deux manières : d'abord par le droit de cité dans la commune (*origo*), ensuite par la résidence dans le territoire de la ville (*domicilium*).

I) Droit de cité.

Le droit de cité s'acquiert par les faits suivants : la naissance, l'adoption, l'affranchissement, l'admission (*f*).

(*d*) *Territorium*. L. 239, § 8 de V. S. (L. 16); L. 20 de jurisd. (II, 1); L. 20 de jud. (V, 1); L. 35, C. de decur. (X, 31). — *Regio*. Siculus Flaccus de condicionibus agrorum (Gromatici veteres, ed. Lachmann Berol. 1848, p. 135).

(*e*) L. 30, ad mun. (L. 1). Il y avait anciennement des *vici* qui formaient une *res publica* indépendante. Festus, V. vici.

(*f*) L. 1, pr. ad mun. (L. 1). « *Municipem aut nativitas facit, aut manumissio, aut adoptio.* » L. 7; C. de incolis

1) Naissance (*origo*, *nativitas*) (note *f*).

Ce fait est entièrement indépendant de la volonté libre de celui qui se trouve ainsi appartenir à la ville.

C'est sur la naissance que se fonde le plus ordinairement le droit de cité; aussi emploie-t-on son nom pour désigner le droit qu'elle confère (*g*).

Il s'agit ici de la naissance provenant d'un mariage régulier, lorsque le père lui-même a le droit de cité (*h*). En principe, la ville natale de la mère n'a ici aucune influence. Néanmoins il y avait certaines villes privilégiées dont les femmes transmettaient le droit de cité à leurs enfants légitimes (*i*). — Les enfants naturels acquièrent par leur *origo* le droit de cité dans la ville natale de leur mère (*k*).

(X, 30). « *Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio*, incolas vero....: domicilium facit. »

(*g*) L. 6, pr., § 1, 3; L. 9, ad mun. (L. 1); L. 16, § 3, eod. (*jus* originis). — D'autres textes plus précis appellent *patria* ou *civitas* le rapport de droit (dont l'*origo* n'est que le principe, et même ne l'est pas toujours). L. 27, pr.; L. 30, eod.

(*h*) L. 1, § 2; L. 6, § 1, ad mun. (L. 1); L. 3, C., ad munic. (X. 38).

(*i*) L. 1, § 2, ad mun. (L. 1). On ne voit pas clairement si l'enfant n'était citoyen que de la ville patrie de sa mère, ou s'il était citoyen des deux villes. Cette dernière supposition est en soi la plus vraisemblable.

(*k*) L. 1, § 2; L. 9, ad mun. (L. 1).

2) Adoption (note *f*).

L'adoption ne détruit pas le droit de cité résultant de la naissance, mais le fils adoptif acquiert un second droit de cité qu'il transmet à ses enfants (*l*). — L'émancipation du fils adoptif annule tous les effets de l'adoption, et par conséquent aussi ceux qui appartiennent au droit public (*m*).

3) Affranchissement (note *f*).

L'esclave affranchi ne pouvait avoir aucun droit de naissance, mais par l'affranchissement il acquérait le droit de cité dans la ville natale de son patron, droit qu'il transmettait ensuite à ses enfants. Si le patron avait plus d'un droit de cité, ou si l'esclave commun de plusieurs maîtres était affranchi par eux, l'affranchissement conférait aussi plusieurs droits de cité (*n*).

4) Admission (*allectio*) (*o*).

(*l*) L. 15, § 3; L. 17, § 9, ad mun. (L. 1).

(*m*) L. 16, ad mun. (L. 1).

(*n*) L. 6, § 3; L. 7; L. 22, pr.; L. 27, pr.; L. 37, § 1 ad mun. (L. 1); L. 3, § 8, de mun. (L. 4); L. 2; C., de municip. (X, 38). — Sur le texte et sur le sens de la L. 22. pr., ad mun. Voy. Zeitssch. f. gesch, Rechtsw, IX. p. 91-98. — Le droit de cité pouvait s'acquérir par un affranchissement complet. Les *dediticii* n'étaient pas citoyens de la ville de leur patron (§ 356), non plus que les *Latini Juniani*.

(*o*) L. 7, C., de incolis (X, 39). « *allectio vel adoptio.* » Dans quelques manuscrits le mot *vel* manque ou est remplacé par *atque*, mais cela n'influe nullement sur le sens. Une va-

Par là il faut entendre le droit de cité que conférait la volonté libre des magistrats municipaux; ce droit des magistrats ne saurait être mis en doute lors même que nous ne le verrions nulle part formellement exprimé.

Le droit de cité avec ses conséquences n'était pas annulé par la volonté seule de ceux qui s'en trouvaient investis de l'une des manières que je viens d'énumérer (*p*). — La femme qui se mariait dans une ville étrangère ne perdait pas son droit de cité dans sa ville natale, mais elle était exempte des charges personnelles qui y étaient attachées (*munera*) pendant la durée du mariage (*q*). — Une semblable exemption des charges locales sans destruction complète du droit de cité conféré par la naissance existait pour le citoyen d'une ville élevé à la dignité de sénateur, et pour ses descendants (*r*); il en était

riante plus importante est celle de : allectio, *id est* adoptio, que Cujas cite d'après des manuscrits, mais sans l'approuver (in III libros, Opp. II, 737). D'après cette variante, l'admission ne serait plus un moyen spécial d'acquérir le droit de cité, mais nous n'avons aucun motif pour mettre le contraire en doute.

(*p*) L. 6, pr., ad mun. (L. 1); L. 4, 5, C., de municip. (X, 38). — On concevrait que les magistrats municipaux eussent pu prononcer l'expulsion aussi bien que l'admission.

(*q*) L. 37, § 2; L. 38, § 3, ad mun. (L. 1), L. 1; C., de muner. (X, 62).

(*r*) L. 23, pr.; L. 22, § 4, 5, ad mun. (L. 1).

de même pour les soldats pendant toute la durée de leur service (*s*).

De ces diverses règles résulte un fait capital : c'est que souvent une seule et même personne pouvait en même temps avoir droit de cité dans plusieurs villes de l'empire romain, et dès lors exercer les droits et supporter les charges attachées au titre de citoyen dans ces différentes villes (*t*). Ainsi, au droit de cité conféré par la naissance il pouvait plus tard s'en adjoindre un autre résultant de l'adoption ou de l'admission (note *l*). De même un esclave affranchi pouvait par son affranchissement acquérir plusieurs droits de cité (note *n*).

D'un autre côté on peut concevoir qu'un individu n'ait eu le droit de cité dans aucune ville, bien que ce cas fût sans doute rare. Il devait se présenter pour l'étranger admis à résider dans l'empire romain, sans être devenu citoyen d'aucune ville (note *o*); pour celui qui, ayant cessé d'appartenir à une ville avec l'agrément des magistrats municipaux (note *p*) n'avait pas acquis ailleurs le droit de cité ; enfin pour les affranchis

(*s*) L. 3, § 1 ; L. 4, § 3, de muner. (L. 4).

(*t*) Cela semble contredit par Cicero pro Balbo, cap. II : « Duarum civitatum civis esse nostro jure civili nemo potest. » Mais dans ce texte il s'agit de villes en dehors de l'État romain, et placées vis-à-vis de Rome comme États indépendants. Je ne parle que des villes appartenant à l'empire romain.

de la dernière classe, qui, étant *dedititiorum numero*, n'appartenaient à aucune commune (*u*).

§ CCCLII. *Principes du droit romain sur l'*origo *et le* domicilium. — I. Origo (Suite).

La grande différence qu'il y avait primitivement entre la constitution des villes de l'Italie et celle des provinces pourrait faire croire que les règles exposées plus haut sur le territoire des villes et sur le droit de cité s'appliquaient exclusivement à l'Italie et non aux provinces. Mais en réalité il n'y avait à cet égard presque pas de différence.

Dans presque toutes les provinces les territoires des villes (*territoria*) étaient délimités comme en Italie (*a*).

Ces délimitations et leur influence sur la soumission aux charges municipales, notamment pour les villages dépendant des villes, donnaient

(*u*) Ulpian., XX, § 14.

(*a*) On doit, en effet, excepter l'Égypte, dont la constitution était sous ce rapport singulièrement restreinte. Ainsi elle n'avait ni proconsul ni propréteur, mais seulement un *præfectus augustalis* d'un rang inférieur (Dio Cass., LI, 17; LIII, 13; Tacitus, Hist., I, 11; Digest., I, 17). L'Égypte n'avait également que des districts (*nomen*) et pas de municipalités; le droit de cité n'existait que dans Alexandrie (Plinius, Epist. X, 5, 22, 23).

lieu dans les provinces, comme en Italie, à de nombreux procès. Seulement dans plusieurs provinces, notamment en Afrique, les territoires des villes n'embrassaient pas la totalité du sol; il y avait d'immenses pâturages (*saltus*) appartenant à des personnes privées ou à l'empereur, qui formaient des districts isolés et ne dépendaient d'aucune ville (*b*).

Les principes développés plus haut sur le droit de cité qui s'acquérait par la naissance, l'affranchissement, etc., sont appliqués par les anciens jurisconsultes aux villes des provinces, comme à celles de l'Italie, sans aucune distinction (*c*). J'en dis autant de ce qui concerne les charges municipales et l'exemption de ces charges (*vacatio* et *immunitas*) (*d*).

En présence de témoignages aussi nombreux et aussi positifs, c'est à tort que l'on invoquerait un texte d'Ulpien, pour établir qu'en général dans les provinces on n'avait pas égard au *jus originis*, mais seulement au *domicilium* (*e*).

(*b*) Agennius Urbicus, de controversiis agrorum, p. 84, 85 des Gromatici veteres, ed. Lachmann, Berol., 1848.

(*c*) L. 1, § 2; L. 37, pr., ad mun. (L. 1) (Ilion, Delphes, le Pont); L. 2, C., de municip. (X, 38) (les villes de l'Aquitaine); L. 7, § 10, de interd. et releg. (XLVIII, 22).

(*d*) L. 8, pr.; L. 10, § 1, de vacat. (L, 5); L. 5, § 1, de j. immunitatis (L. 6).

(*e*) L. 190, de V. S. (L. 16) : « Provinciales eos accipere

A ce sujet se rattache une observation importante pour l'intelligence des sources du droit, sur le sens des expressions *municipium* et *municeps*. — La signification primitive de ces expressions a été l'objet de discussions et de controverses, non-seulement dans les temps modernes, mais même du temps des Romains. Les doutes portent en partie sur la phraséologie, en partie sur les faits; c'est donc là un problème historique à résoudre (*f*). Mais nous pouvons écarter cette recherche difficile comme étrangère au but qui nous occupe; car plus tard la phraséologie a été certainement fixée de la manière suivante. — De-

debemus, qui in provincia domicilium habent, *non eos qui in provincia oriundi sunt.* » Ce texte, comme tant d'autres du même titre, présente au Digeste une fausse apparence de généralité, tandis que, dans l'original, il se rapportait à une application toute spéciale, mais que nous ne saurions aujourd'hui déterminer avec certitude. Voy. sur ce texte : Gundligiana, St. 31, n. 2, p. 34-43, Conradi Parerga, p. 488-506, Hollweg, Versuche, p. 6. — Relativement à la prohibition du mariage entre les fonctionnaires romains et les habitants des provinces, on lit, au contraire, dans la L. 38, pr., de ritu nupt XXIII, 2) : inde oriundum, *vel* ibi domicilium habentem, uxorem ducere non potest, » où l'on a souvent pris *vel* comme équivalent de *id est;* mais cette interprétation est tout à fait arbitraire.

(*f*) Voy. surtout Niebuhr, Römische Geschichte, vol. II, p. 36-88, 3e éd. Voy. aussi un programe de Rudorff, imprimé comme préface dans le programme latin des cours de l'université de Berlin pour le second semestre de 1848.

puis la *Lex Julia* sur la concession du droit de cité à l'Italie entière, *municipium* désigna régulièrement une classe principale des villes italiennes, celles qui dans l'origine n'avaient pas été fondées par Rome comme communes, par opposition avec l'autre classe principale, celle des *colonies* (*g*). Le nom de *municipium* n'est pas rare dans les provinces ; néanmoins il n'y devint pas général lorsque le droit de cité fut étendu à tout l'empire et par conséquent à toutes les villes. Si donc on voulait distinguer en général une commune urbaine sans distinction entre les municipes et les colonies, entre l'Italie et les provinces, on employait régulièrement les expressions de *respublica* et de *civitas*. — Mais chez les anciens jurisconsultes *municeps* est la désignation commune de tout citoyen d'une ville, sans égard aux distinctions établies plus haut, et par conséquent ce mot a le même caractère de généralité que *respublica* et *civitas* (*h*). L'extension ainsi donnée à

(*g*) Voici, dans la lex Julia municipalis (Tabula Heracliensis), l'énumération régulière et souvent reproduite des municipes de l'Italie : *municipium, colonia, præfectura, forum, conciliabulum* (Haubold, Monumenta legalia, n XVI) ; cette énumération est presque la même dans la lex Rubria (ibid., n. XXI).

(*h*) L. 1, § 1, ad mun. (L. 1) : « Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitatem, ut munera nobiscum facerent ; *sed nunc abusive municipes dicimus suæ cujusque civitatis cives, utputa Campanos, Putealonos.* » (La même phraséologie est appliquée dans le § 2 à

deux expressions analogues s'explique d'une manière satisfaisante. Si l'on eût restreint la dénomination de *municipes* aux seuls habitants des municipes proprement dits, on n'aurait eu pour désigner le citoyen d'une ville en général d'autre expression que celle de *civis* (*i*), répondant à *civitas*, qui désignait effectivement toute espèce de commune urbaine. Mais ici l'expression de *civis* était moins bien applicable; car dans la classification des *cives latini*, *peregrini*, elle occupait une place trop importante et trop nécessaire,

Ilion et à Delphes). De même dans la L. 23 pr., eod. — Le mot *abusive* est pris ici dans une double signification. La première contraste avec l'ancienne signification propre dont parle le texte d'Ulpien. La seconde est que *municeps* ne s'applique pas uniquement aux municipes, mais aussi aux colonies et aux villes des provinces. Ces dernières sont mentionnées dans le § 2; mais depuis Néron, Puteoli était certainement une colonie. Tacitus, Ann. XIV, 27. — Dans le premier sens la phraséologie *abusive* (*municeps* pour *civis* en général) se trouve déjà dans Cicero, ad fam. XIII, 11 : « meos municipes Arpinates » pro Cluentio, 16 « municipum suorum dissimillimus; » et de legibus, II, 2. La lex Julia municipalis lin. 145 (Haubold, p. 129) distingue encore avec beaucoup de soin : *municipes*, *coloni* et ceux *qui ejus præfecturæ erant* (Cf. lin. 159-163). Et néanmoins si le mot *municipes* a été pris plus tard dans un sens général, c'est peut-être à cette loi qu'il faut surtout l'attribuer; car elle s'applique aux citoyens des villes italiennes de toutes les classes, et portait le nom de lex Julia *municipalis*.

(*i*) Cette expression se trouve effectivement dans la L. 7, C., de incolis (X, 39).

pour que les anciens jurisconsultes eussent voulu lui attribuer un sens nouveau qui eût prêté à de nombreuses équivoques.

Ainsi *municeps* était devenu la désignation générale de quiconque avait le droit de cité dans une ville autre que Rome, c'est-à-dire de tous ceux qui appartenaient à une commune urbaine, dépendance exprimée ordinairement par les mots de *origo* ou de *patria*.

Ce lien de dépendance reçut une extension toute particulière, depuis que la *Lex Julia* eut accordé le droit de cité romaine à l'Italie entière, et Caracalla à toutes les provinces. Comme le droit de cité romaine, d'après sa signification primitive, était le droit de cité de la ville de Rome, presque tous les habitants de l'Italie et des provinces qui déjà pouvaient avoir plusieurs droits de cité (§ 351) en eurent désormais au moins deux, celui de la ville qu'ils habitaient, et celui de la ville de Rome. Aussi cette double *patria* est-elle expressément reconnue à des époques très-différentes (*k*). — Au reste, ce rapport avait

(*k*) Cicero de legibus, II, 2 : « omnibus municipibus duas esse censeo patrias, unam naturæ, alteram civitatis... habuit alteram loci patriam, alteram juris. » — L. 33, ad mun. (L. 1) (Modestinus) : « Roma communis nostra patria est ». Cicéron ne parle que des citoyens des villes italiennes (municipes); Modestin parle tout à fait en général (nostra), chacun suivant le droit de son temps.

moins d'importance qu'on ne pourrait le croire au premier abord. A Rome le droit de cité n'imposait pas des charges municipales (*munera*) aussi pesantes que dans les autres villes ; car la plupart des dépenses municipales étaient défrayées autrement. La juridiction fondée sur le droit de cité (*forum originis*) amenait, il est vrai, les citoyens des autres villes devant les tribunaux de Rome, mais avec de grandes restrictions. Ces étrangers ne pouvaient être assignés à Rome que quand ils s'y trouvaient accidentellement, et sous la réserve de nombreuses exceptions, toutes comprises sous le nom général de *jus revocandi domum* (*l*). — Enfin, quant à l'application du droit local de Rome aux citoyens des autres villes, ce qui est l'objet direct de la présente recherche, c'est un point que je traiterai plus bas (§ 357), en le rattachant à un plus vaste ensemble.

Cependant il ne faudrait pas croire que, d'après la combinaison nouvelle dont je viens de parler, tous les habitants libres de l'empire romain dussent avoir au moins le droit de cité à Rome (comme *cives romani*) ; car même depuis la loi de l'empereur Caracalla sur le droit de cité, il y eut toujours un assez grand nombre

(*l*) L. 28, § 4, ex quib. caus. (IV, 6); L. 2, § 3-6, de jud. (V, 1); L. 24-28. eod.

de personnes qui entraient dans les classes inférieures, et maintenaient l'existence de ces classes; tels étaient les nouveaux *latini* et *peregrini* que faisait un affranchissement incomplet (*m*), et les étrangers que l'Empire romain acceptait comme sujets sans leur conférer le droit de cité.

Ainsi donc, comme je le disais plus haut (§ 351), il y avait dans l'empire romain des personnes libres qui n'étaient rattachées à aucune ville par le droit de cité; et cette proposition peut être tenue comme vraie pour tous les temps, bien que son application soit devenue toujours plus rare et moins importante.

§ CCCLIII. *Principes du droit romain sur l'*origo *et le* domicilium. — II. Domicilium.

Sources (voy. § 350).

Auteurs :

Lauterbach. De domicilio 1663 (Diss., vol. II, n. 72).

Thomasius, De vagabundo (Diss., vol. I, n. 3).

Glück, vol. VI, § 512-515.

Kierulff, vol. I, p. 122-128.

(*m*) Justinien abolit le premier ces affranchissements incomplets (Cod., VII, 5, 6), dont les effets s'étaient maintenus jusqu'alors tant pour les esclaves affranchis de cette manière que pour leurs descendants.

Le second motif qui rattachait un individu à une commune urbaine était le domicile (*domicilium*) (*a*).

On considère comme le domicile d'un individu le lieu où il réside constamment, et qu'il a librement choisi comme centre de ses affaires et de ses rapports de droit (*b*). — La résidence constante n'exclut pas une absence momentanée, ni un changement ultérieur; la réserve de cette faculté s'implique de soi-même; par là on entend seulement que l'intention de changer de résidence n'existe pas encore.

(*a*) Domicilium me semble mieux traduit en allemand par *Wohnsitz* que par *Wornort*, mais je ne saurais admettre qu'ils aient une signification différente, comme le prétend Linde, § 88, note *l*. J'expliquerai tout à l'heure la différence qu'il y a entre le domicile et la simple résidence. — Pour le *domicilium* comme pour l'*origo* j'établirai d'abord les principes du droit romain. Mais on verra plus bas que, quant aux points importants, le *domicilium* occupe en droit actuel à peu près la même place qu'en droit romain : c'est pourquoi j'ai cru devoir m'occuper du droit actuel en même temps que du droit romain.

(*b*) L. 7, C., de incolis (X, 39) (Voy. § 350, *f*) : «... incolas vero.. domicilium facit. Et in eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde quum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari jam destitit. » — L. 203, de V. S. (L. 16) : « ... Sed de ea re constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset. »

Le *domicilium* comme l'*origo* établissait un lien de dépendance entre les individus et une commune urbaine; dès lors il se rapportait toujours au territoire déterminé d'une ville (*c*), et il comprenait, non-seulement les habitants de la ville elle-même, mais aussi les habitants des villages et des métairies isolées (*coloniæ*) qui faisaient partie de ce territoire (*d*).

Les personnes qui à raison de leur domicile dépendent d'une commune urbaine, sont ordinairement désignées par l'expression de *incola* (*e*). — Je vais maintenant mettre en regard les unes des autres les diverses expressions qui ont trait à ces deux motifs de dépendance, le droit de cité et le domicile :

(*c*) L. 3, 5, 6, C., de incolis (X, 39).

(*d*) L. 239. § 2, de V. S. (L. 16)): « .. Nec tantum hi, qui in oppido morantur, incolæ sunt, sed etiam qui alicujus oppidi finibus ita agrum habent, ut in eum se, quasi in aliquam sedem recipiant. » Cela semble contredit par les L. 27. § 1; L. 35, ad mun. (L 1), qui n'attribuent le *domicilium* à l'habitant d'une *colonia* que quand, par un séjour prolongé, il a joui des avantages et des agréments de la ville. Mais cette restriction repose sans doute sur une expression inexacte, et elle ne se rapporte pas au *domicilium* en soi, mais bien à quelques-uns de ses effets, la participation à certaines charges imposées par la ville. En effet, on n'a jamais mis en doute que les habitants des *coloniæ* ne fussent soumis à la juridiction des magistrats municipaux (*forum domicilii*). Voy, § 355, *m*.

(*e*) L. 5, 20, ad mun. (L. 1); L. 239, § 2, de V. S. (L. 16) note *d*); L. 7, C., de incolis (X, 39) (note *b*).

Municipes et *incolæ* (*f*).
Origo et *domicilium* (*g*).
Jus originis et *jus incolatus* (*h*) :
Patria et *domus* (*i*).

D'après la définition que j'ai donnée du domicile, on voit qu'il diffère essentiellement de la simple résidence et de la possession foncière. La résidence qui n'est pas accompagnée de l'intention actuelle de fixité et de perpétuité ne constitue pas le domicile, lors même que par des circonstances accidentelles elle ne serait pas momentanée et se prolongerait pendant un longtemps. Tel est, par exemple, le séjour des étudiants dans la ville où ils font leurs études : d'après une loi d'Hadrien, ce séjour, pour être regardé comme constant, et par conséquent comme constituant un domicile, devait être au moins de dix ans (*k*). — La possession foncière dans le ter-

(*f*) L. 6, § 5, de mun. (L. 4) Sur le mot *municipes*, Voy. § 352, *g*; sur *incolæ*, note *e*. — Dans la L. 22, § 2, ad mun. (L. 1). Paul emploie une expression inexacte quand il appelle de simples habitants *municipes* (au lieu de *incolæ*); il veut seulement dire que les habitants supportent aussi les *numera* de la ville.

(*g*) L. 7, § 10, de interd. et releg. (XLVIII, 22); L. 6, § 3; L. 22, § 2, ad mun, (L. 1).

(*h*) L. 15. § 3, ad mun. (L. 1); L. 5, C., de incolis (X, 39).

(*i*) L. 203, de V. S. (L. 16).

(*k*) L. 5, § 5, de injur. (XLVII, 10); L. 2, 3, C., de incolis X, 39). Les dix ans font seulement présumer la volonté d'un établissement définitif. Lauterbach, de domicilio, § 27.

ritoire d'une ville n'est pas une condition nécessaire du domicile, mais elle ne suffit pas pour l'établir (*l*).

La constitution du domicile avec ses conséquences juridiques résulte de la volonté libre jointe au fait de l'habitation, et non d'une simple déclaration de volonté sans le fait de l'habitation (*m*). — La liberté est regardée comme tellement essentielle en cette matière, qu'elle ne peut être restreinte par une disposition de droit privé. Ainsi, par exemple, si un legs était fait sous la condition d'un domicile déterminé, cette condition serait réputée non écrite (*n*). — Le droit public, au contraire, peut mettre à cette liberté des restrictions de plus d'un genre. Ainsi, tout employé de l'État, le soldat, par exemple, a un domicile nécessaire au lieu où il sert (*o*); le banni, au lieu de son bannissement (*p*). Réci-

(*l*) L. 17, § 13; L. 22, § 7, ad mun. (L, 1); L. 4, C., de incolis (X, 39). — Plusieurs villes avaient le privilége de pouvoir imposer les *munera* personnels aux simples possesseurs d'immeubles, quoique non domiciliés. L. 17, § 5, ad mun. (L. 1).

(*m*) L. 20, ad mun. (L. 1) : « Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera, ut incolas vocari. »

(*n*) L. 31, ad mun. (L. 1); L. 71. § 2, de cond. (XXXV). Voy. Vol. III, p. 187.

(*o*) L. 23, § 1, ad mun. (L. 1).

(*p*) L. 22 § 3, ad mun. (L. 1).

proquement, une résidence déterminée peut être interdite par une peine (*q*).

Voici en outre des cas où, par suite des rapports existant entre deux personnes, le domicile de l'une détermine celui de l'autre, ce que l'on pourrait appeler un domicile relatif.

1) Les femmes mariées ont en général et nécessairement le même domicile que leurs maris (*r*). La veuve conserve ce domicile tant qu'elle ne contracte pas un second mariage, ou qu'elle ne se constitue pas autrement un domicile nouveau (*s*).

2) Les enfants légitimes, du moment de leur naissance, ont indubitablement le domicile de leur père. Mais plus tard ils peuvent abandonner ce domicile d'origine, et en choisir librement un autre (*t*). De même il est reconnu que les enfants naturels ont le domicile de leur mère.

(*q*) L. 23, ad mun. (L. 1); L. 7, § 10, de interd. et releg. (XLVIII, 22). — Quand la L. 27, § 3, ad mun. (L. 1) dit que le relégué conserve son ancien domicile, cela signifie que la peine ne l'exemple pas des charges qu'il supportait avant sa condamnation.

(*r*) L. 5, de ritu nupt. (XXIII, 2); L. 65, de jud. (V, 1); L. 38, § 3, ad mun. (L. 1); L. 9, C., de incolis (X, 38); L. 13, C., de dignit. (XII, 1). Ce domicile s'appelle *domicilium matrimonii*. Il ne résulte pas d'un mariage nul, ni des simples fiançailles. L. 37, § 2; L. 32, ad mun. (L. 1).

(*s*) L. 22, § 1, ad mun. (L. 1).

(*t*) L. 3; L. 4; L. 6, § 1; L. 17, § 11, ad mun. (L. 1). —

3) La même règle s'applique aux affranchis. Ils avaient primitivement le domicile de leur patron (*u*), mais plus tard ils furent libres d'en choisir un autre (*v*).

4) Aujourd'hui le même principe s'applique aux serviteurs à gages (*w*), aux journaliers constamment occupés dans un domaine rural, et aux ouvriers qui exercent leur métier chez un maître.

L'abandon du domicile, de même que sa constitution, s'opère par un acte de volonté libre. Ordinairement, bien que cela ne soit ni général ni nécessaire, cet abandon coïncide avec l'établissement d'un domicile nouveau, et voilà pourquoi cet abandon est appelé translation dans les sources du droit (*x*).

§ CCCLIV. *Principes du droit romain sur l'*origo *et le* domicilium. — II. Domicilium (Suite).

Une personne peut avoir en même temps un domicile dans différentes villes, lorsqu'elle par-

De même il n'est pas douteux que les enfants ne suivent leur père, quand, depuis leur naissance, celui-ci change de domicile, et cela tant qu'ils continuent à vivre avec lui.

(*u*) L. 6, § 3; L. 22, pr., ad mun. (L. 1). Sur ce dernier texte voir la dissertation déjà citée, § 351, *n*.

(*v*) L. 22, § 2; L. 27, pr.; L. 37, § 1, ad mun. (L. 1).

(*w*) Cf. la Preuszische Allg. Gerichtsordnung, I, 2, § 13.

(*x*) L. 20, ad mun. (Voy. note *m*); L. 1, C., de incolis (X, 39). Cette mutabilité est désignée par l'expression : *domicilii ratio temporaria*. L. 17, § 11, ad mun. (L. 1).

tage l'ensemble de ses rapports et de ses affaires entre ces différentes villes, et qu'elle les habite alternativement selon ses besoins. Plus d'un jurisconsulte romain avait mis en doute la possibilité de cette pluralité de domiciles, mais on finit par l'admettre, tout en reconnaissant que c'était là un cas rare et que l'on ne devait admettre qu'avec réserve (*a*).

Réciproquement, il se peut qu'un individu n'ait aucun domicile dans le sens technique du mot, bien que ce cas soit également rare (*b*). Ainsi, il peut se présenter dans des circonstances très-différentes que je vais énumérer.

1) Quand on abandonne un domicile acquis et que l'on en cherche un nouveau, pendant tout le temps que ce nouveau domicile n'est pas encore choisi et réellement constitué (*c*). Ce cas a peu d'importance, parce que cet intervalle est ordinairement fort court.

2) Lorsque pendant un long espace de temps on consacre sa vie à des voyages, sans avoir aucun endroit pour centre permanent de ses

(*a*) L. 5; L. 6, § 2; L. 27, § 2, ad mun. (L. 1); C., 2, pr., de sepult. in VI (III, 12).

(*b*) L. 27, § 2, ad mun. (L. 1).

(*c*) L. 27, § 2, ad mun. (L. 1). — Ce cas se présente fréquemment pour les domestiques, les journaliers et les ouvriers qui changent de maître, quand ils changent en même temps de lieu de résidence (§ 353, Num. 4).

affaires, et où l'on revienne régulièrement. Ce cas présente aussi peu d'importance à cause de sa rareté.

3) Ceux qui, n'ayant ni profession ni résidence fixe, se livrent au vagabondage, et soutiennent leur existence par des moyens nuisibles à l'intérêt général et dangereux pour la sûreté publique. Cette classe de gens est fort nombreuse, et est un des fléaux de notre époque (*d*).

La définition donnée plus haut (§ 353) du domicile est fondée sur les rapports de la vie naturelle de l'homme, et par conséquent elle ne saurait s'appliquer aux personnes juridiques (*e*). Néanmoins il peut être nécessaire d'assigner artificiellement aux personnes juridiques un domicile

(*d*) Il est étonnant que les sources du droit romain ne renferment aucune disposition spéciale sur cette classe de gens. Les esclaves fugitifs (*errones*, *fugitivi*), L. 225, de V. S. (L. 16), dont il est fait souvent mention, ne peuvent être rangés dans cette classe ; car, juridiquement parlant, ils ont un domicile déterminé, celui de leurs maîtres. Voici comment cela s'explique. Ceux qui aujourd'hui se livrent au vagabondage (comme aussi la plus grande partie de nos prolétaires) étaient chez les Romains en état de servitude. — Thomasius, de vagabundo, § 79, 91, 112, appelle *vagabundus* celui qui n'a pas de *domicilium*, et il le distingue des gens sans aveu, contrairement à l'usage qui donne le même sens à ces deux expressions. Jamais personne n'appellera vagabond le marchand qui abandonne son domicile pour en chercher un autre, ou le savant, voyageur de profession.

(*e*) Voy. vol. II, § 85 sq.

semblable ou analogue à celui des personnes naturelles, surtout quand il s'agit de déterminer la juridiction à laquelle elles sont soumises (*f*). Dans la plupart des cas, la relation qui existe entre la personne juridique et le sol lève toute incertitude : tel est le cas des villes et villages, des églises, des écoles, des hôpitaux, etc.; mais l'incertitude peut exister pour les entreprises industrielles dont l'exploitation ne s'applique pas à un lieu déterminé, ou embrasse de très-grands espaces, par exemple, s'il s'agit d'un chemin de fer, d'une navigation à vapeur, ou de construire des ponts sur des fleuves dont les deux rives ont une juridiction ou une législation différente, quelquefois même n'appartiennent pas au même État. Alors il convient d'assigner un domicile à la personne juridique dans l'acte même de sa constitution (*g*); et si l'on a négligé cette précaution, le juge doit déterminer artificiellement où est le centre de l'entreprise.

En récapitulant ce que nous avons dit sur les

(*f*) Cf. Linde, Lehrbuch, § 88, note 14.

(*g*) Exemples : statuts de la compagnie du chemin de fer (Berlin Sächsischen Anhattischen), § 1. « Berlin est son domicile, et elle est soumise à la juridiction du tribunal royal de la ville de Berlin. » — Statuts de la compagnie du chemin de fer de Berlin et Stettin, § 3 : « Stettin est le domicile de la compagnie, » etc. (Gestzsamml. für die Preuszischen Staaten, 1839, p. 178; 1840, p. 306.)

deux motifs indépendants l'un de l'autre qui rattachent un individu à une commune urbaine déterminée, le droit de cité et le domicile (§ 351-354), on obtient les combinaisons suivantes :

Un individu pouvait avoir droit de cité dans une ville, dans plusieurs villes, ou ne l'avoir dans aucune (§ 351).

Le même individu pouvait en outre avoir un domicile dans une ville, dans plusieurs villes, ou n'avoir aucun domicile (§ 354).

Mais, d'après le cours régulier et ordinaire des choses, chacun n'était citoyen que d'une seule ville, et y avait en même temps son domicile.

§ CCCLV. *Principes du droit romain sur* l'origo *et le* domicilium. — *Effets de ces rapports.*

Après avoir exposé les deux motifs qui rattachent un individu à une commune urbaine déterminée, il nous reste à étudier le côté pratique du sujet, c'est-à-dire les conséquences juridiques qui résultent de cette dépendance.

Ici l'on pourrait s'attendre à trouver dans une mesure égale les droits et les devoirs, et l'on peut s'étonner que les sources du droit parlent presque exclusivement des devoirs sans mentionner les droits. Voici comment cela s'explique. — Le droit de cité (*origo*) conférait certainement des droits qui dans l'origine avaient une grande im-

portance, notamment le droit exclusif de participer à l'administration de la ville, comme sénateur ou magistrat municipal. Mais sous les empereurs chrétiens le titre honorifique de sénateur était devenu une charge oppressive (*a*), et l'on ne trouve sur les magistratures des villes que fort peu de renseignements dans les sources du droit, parce que ces sources étaient exclusivement destinées à l'empire de Justinien, c'est-à-dire à l'empire d'Orient (*b*). D'un autre côté, les charges attachées primitivement à la qualité de citoyen continuaient de subsister sans la moindre modification : ainsi donc, les sources du droit pouvaient et devaient les exposer dans leur ensemble. — Quant au domicile, il ne pouvait être question de droits proprement dits, car son établissement dépend de la seule volonté des individus (§ 353), ce qui s'accorde mal avec l'acquisition de droits véritables. Ainsi, quand il s'agit des conséquences pratiques du domicile, lorsque l'on s'attend à une énumération de droits déterminés, on ne voit mentionner que des prérogatives et des avantages de fait (*c*).

(*a*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, Vol. I, § 8.

(*b*) Ibid., § 22.

(*c*) L. 27, § 1, ad mun. (L. 1) : « Si quis... in illo (municipio) vendit, emit, contrahit, in eo foro, balneo, spectaculis

Nous n'avons donc plus à nous occuper que des obligations résultant du droit de cité ou du domicile. Ces obligations ont été plus haut résumées de la manière suivante : charges municipales, juridiction, droit local (§ 350); il s'agit maintenant de développer ces différents points, et d'indiquer la place qu'ils occupent dans les sources.

I) *Charges municipales* (Munera).

L'expression de *munera* désigne en général toute espèce de charges, mais ici elle ne s'applique qu'aux charges résultant du droit public, *publica munera* et non *privata* (*d*), et spécialement à celles qu'impose le droit de cité ou le domicile acquis dans une ville : c'est pourquoi on les appelle aussi *civilia munera* (*e*). Néanmoins cela ne veut pas dire que ces charges fussent établies exclusivement dans l'intérêt des villes; une grande partie au contraire de l'administra-

utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis... fruitur, ibi magis habere domicilium » ... Sur ce texte voy. § 353, *d*.

(*d*) L. 239, § 3, de V. S. (L. 16); L. 18, § 28, de mun. (L. 4). — Ainsi quand nous voyons ailleurs (L. 14, § 1, de mun.) les *munera* distingués en *publica* et *privata*, il ne s'agit pas d'une distinction entre les charges municipales, qui sont toutes publiques, mais des charges en général, dont quelques unes peuvent se rattacher à des rapports de droit privé.

(*e*) L. 18, § 28, de mun. (L. 4).

tion publique locale était défrayée par les villes, et souvent le produit des charges municipales les plus oppressives était appliqué aux besoins de l'État, et non à ceux des villes qui les supportaient (*f*).

Les jurisconsultes romains établissent entre *munus* et *honor* cette distinction, qu'à ce dernier seulement se rattache une dignité personnelle (*dignitas*) (*g*). Mais il ne faut pas croire que *honor* exprimât seulement droits et dignité sans contrainte ni obligations. On était tenu d'accepter le *honor* aussi bien que le *munus* (*h*); tous deux étaient également considérés comme charges municipales, ainsi cette distinction ne portait que sur le nom.

Les jurisconsultes romains distinguent en outre les charges de la personne et celles des biens (*munera personalia* et *patrimonii*) selon qu'elles entraînent soit des peines et des travaux, soit des dépenses ou une responsabilité compromettante pour les biens (*i*). Néanmoins cette distinc-

(*f*) Voy., par exemple, L. 18, § 3, 4, 8, 16, de mun. (L. 4)

(*g*) L. 14, pr., § 1; L. 6, § 3, de mun. (L. 4). — L'expression *honor* s'appliquait non-seulement aux magistrats, mais encore aux décurions. L. 5, de vac. (L. 5).

(*h*) L. 3, § 2, 3, 15, 17, de mun. (L. 4).

(*i*) L. 1, § 1-4, de mun. (L. 4); L. 6, § 3-5, eod.; L. 18, pr., § 1-17, eod. — Parmi les charges personnelles figurent les fonctions de juges et les tutelles. L. 1, § 4; L. 18, § 14, eod.; L. 8, § 4; L. 13, pr., § 2, 3, de vac. (L. 5).

tion n'était pas bien tranchée (*k*), et elle offrait peu d'intérêt ; car les deux espèces de charges pesaient surtout sur ceux qui dépendaient de la ville, et sur eux seulement. Mais il importe au contraire de distinguer soigneusement les charges qui grèvent uniquement la propriété foncière, telles que l'impôt foncier, sans égard à la personne du possesseur, qui peut être étranger à la ville ou en dépendre (par l'*origo* ou le *domicilium*) (*l*).

Cette obligation de supporter les charges municipales atteignait régulièrement tous ceux qui appartenaient à la ville soit comme citoyens, soit comme domiciliés (*m*). Ainsi celui qui avait le droit de cité ou même un domicile dans plusieurs villes (§ 351, 354) supportait dans chacune de ces villes la totalité des charges munici-

(*k*) C'est pourquoi on admet souvent une classe intermédiaire, *mixta munera*. L. 18, pr., § 18-27, de mun. (L. 4).

(*l*) L. 6, § 5, de mun. (L. 4); L. 14, § 2; L. 18, § 21-25; L. 29, 30, eod.; L. 10, pr., de voc. (L. 5); L. 11, eod. — On trouve dans un autre texte une phraséologie un peu différente; ces charges purement foncières y sont appelées *patrimonii munera*. L. un., C., de mulier. (X, 62).

(*m*) L. 22, § 2; L. 29, ad mun. (L. 1); L. 6, § 5; L. 18, § 22, de mun. (L. 4); L. 1, C., de municip. (X, 38); L. 4, 6, C., de incolis (X, 39). — Relativement au *domicilium* de ceux qui habitent les campagnes situées dans le territoire des villes (§ 353, *d*), si le langage de plusieurs textes nous paraît indécis, c'est que peut-être plusieurs espèces de charges étaient partagées différemment selon les lieux.

pales, et pouvait dès lors se trouver dans une situation très-fâcheuse.

Telle était la règle générale obligatoire pour tous ; mais elle souffrait de nombreuses exceptions, et l'on accordait des exemptions fondées sur différents motifs et sous diverses dénominations (*vacatio*, *excusatio*, *immunitas*), les unes perpétuelles, les autres temporaires (*n*).

II) Juridiction (*forum originis, domicilii.*)

Le principe fondamental en cette matière est que tout procès doit être porté devant la juridiction du défendeur, et non devant celle du demandeur (*o*). Si maintenant on demande où est la juridiction du défendeur, le droit romain répond : Dans la ville à laquelle appartient le défendeur, et aux magistrats de laquelle il doit obéissance. Or, les individus appartiennent à une ville tant à cause du droit de cité qu'à cause du domicile, et dès lors le principe se traduit par cette règle pratique : Chacun peut être cité comme défendeur dans toute ville où il a droit de cité, comme aussi dans toute ville où il a un domicile. C'est précisément ainsi que cette règle est exprimée, avec indication du motif supérieur donné

(*n*) Dig. L. 5 et L. 6, Cod., X, 44-64. Je n'ai pas besoin d'entrer dans le détail de ces exceptions, puisqu'elles sont sans intérêt pour le sujet qui nous occupe.

(*o*) Vat. fragm. 325, 326; L. 2, C., de jurisd. (III, 13); L. 3, C., ubi in rem (III, 19); L. 3, 4, C., ubi causa status (III, 22.)

plus haut, dans le texte suivant de Gaius (*p*) :
« Incola et his magistratibus parere debet, apud
« quos incola est, et illis, apud quos civis erit ;
« nec tantum municipali juridictioni in utroque
« municipio subjectus est, verum etiam omnibus
« publicis muneribus fungi debet. »

Ce texte important établit identité de rapports entre la juridiction et les charges municipales. D'où il résulte que la même personne est également soumise à la juridiction de toutes les villes où elle a soit le droit de cité, soit un domicile. Dès lors aussi le demandeur peut choisir la ville devant le tribunal de laquelle il veut porter le procès, et le défendeur est tenu de comparaître.

En présence d'un texte qui exprime si clairement la règle, son motif supérieur et sa relation avec les charges municipales, on peut s'étonner de voir mentionner si rarement la juridiction fondée sur le simple droit de cité (*forum originis*), distinct du domicile. Plusieurs textes qui parlent incidemment de la juridiction personnelle à propos d'espèces particulières, parlent toujours du *forum domicilii*, et non du *forum originis* (*q*).

(*p*) L. 29, ad mun. (L. 1).

(*q*) L. 19, § 4, de jud. (V, 1); L. 29, § 4, de inoff. test. (V, 2); L. 1, 2, de reb. auct. jud. (XLII, 5), Vat. fragm. 326; L. 2, C., de jurisd. (III, 10); L. 1, C., ubi resher. (III, 20); L. 4, C., ubi causa status (III, 22). — Plusieurs textes, au contraire, attribuent au demandeur le droit de choisir entre le

Néanmoins ce fait ne saurait jeter aucun doute sur la légitimité de la règle; et voici comment il peut s'expliquer. D'abord la règle trouvait son application complète en Italie seulement, et non dans les provinces où les magistrats des villes n'avaient pas de juridiction (*r*); il ne pouvait donc y avoir de juridiction fondée sur le droit de cité, tandis que l'idée abstraite de domicile s'appliquait aussi bien au territoire de la province et par conséquent à la juridiction de son lieutenant impérial, qu'au territoire d'une ville. Plusieurs des textes cités parlent expressément des provinces (*s*), et peut-être d'autres en parlaient aussi, quoique nous ne puissions le reconnaître dans l'état où nous les possédons. — Ensuite, quand un individu avait droit de cité dans une ville et son domicile dans une autre, peut-être on n'appliquait le *forum originis* que si cet individu se trouvait accidentellement dans la ville où il avait droit de cité (*t*). Lors même

forum domicilii et le *forum contractus*. L. 19, § 4, de jud. (V, 1); L. 1, 2, 3, de reb. auct. jud. (XLII, 5).

(*r*) Plus tard les défenseurs y furent investis d'une juridiction pendant longtemps fort restreinte, et qui n'acquit un peu plus d'importance que sous Justinien. Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. II, § 23.

(*s*) Ainsi, par exemple, parmi les textes cités note *q* : L. 19, § 4, de jud. (V, 1); L. 29, § 4, de inoff. (V, 2); Vat, fragm. 326.

(*t*) C'est ce qui avait lieu pour le *forum originis* dans la ville de Rome (§ 352, *k*); et si nous ne voyons pas une semblable

que cette règle restrictive n'aurait pas existé, le demandeur trouvait presque toujours avantage à préférer le *forum domicilii;* car il était plus facile et plus commode d'atteindre le défendeur dans le lieu de son domicile.

J'observe en finissant que toutes ces règles, en grande partie fondées sur les témoignages des anciens jurisconsultes consignés au Digeste, n'ont dû être appliquées généralement que quand l'autorité impériale développée et affermi, eut établi une grande uniformité dans les diverses parties de l'empire. Mais il se pourrait fort bien qu'anciennement plusieurs provinces après leur soumission à l'empire romain aient, par un privilége spécial, conservé une organisation judiciaire dont nous ne trouvons plus aucune trace au Digeste (*u*).

§ CCCLVI. *Principes du droit romain sur l'*origo *et le* domicilium. — *Effets de ces rapports* (Suite).

III) Le droit particulier d'une ville comme attribut de ceux qui en dépendent (*lex originis, domicilii*).

prescription appliquée à d'autres villes, peut-être ne devons-nous l'attribuer qu'à des circonstances accidentelles.

(*u*) Cela est vrai notamment pour la Sicile. Cicero in Verrem act. 2, lib. II, C., 13, 24, 25, 37.

On a vu plus haut (§ 350) que la dépendance établie entre un individu et une commune urbaine avait trois effets : les charges municipales, la juridiction, enfin le droit de cette ville comme attribut de la personne. J'ai parlé avec détails des deux premiers de ces effets (§ 355) : il me reste à m'occuper du troisième, le seul qui rentre directement dans notre sujet, et qui a motivé les développements où je viens d'entrer ; car c'était le seul moyen d'exposer dans son véritable ensemble la soumission de la personne au droit local d'une ville déterminée.

Cette recherche se rattache aux principes établis plus haut, d'après lesquels toute personne appartient au domaine d'un droit déterminé (§ 345), domaine qui est surtout local ou territorial (§ 350), et qui, d'après la constitution romaine, est le territoire d'une ville (§ 351). Or, comme toute personne peut appartenir au territoire d'une ville à raison du droit de cité ou de son domicile, la soumission d'une personne au droit territorial d'une ville peut être fondée sur l'un ou sur l'autre de ces motifs.

Ici donc se montre une liaison intime entre les trois effets énumérés plus haut, surtout entre les deux derniers (la juridiction et le droit territorial); car on peut les regarder comme deux faces différentes de l'ensemble du droit local. La reconnaissance de cette liaison intime est très-

importante pour la solution de notre problème, car elle dépasse les limites de la constitution romaine; et nous y aurons encore recours quand il s'agira d'établir l'état actuel du droit.

Je vais maintenant chercher dans les sources du droit romain la justification et le développement des principes que je viens d'établir. A la vérité les décisions du droit romain sont peu nombreuses en cette matière, et elles sont d'autant moins nombreuses qu'une saine critique nous obligera d'écarter comme étrangères à notre sujet des décisions qui sembleraient s'y rapporter. Aussi suffiront-elles à peine pour nous faire connaître complétement les idées des Romains.

1) Le cas le plus ancien que nous ayons à citer ici se rapporte à la collision d'une loi positive romaine avec le droit d'un autre État souverain, quoique allié des Romains (§ 348) (*a*).

L'an de Rome 561 (*L. Cornelio Merula, Q. Minucio Thermo coss*), les débiteurs se trouvèrent à Rome accablés par l'usure. Il y avait bien des lois répressives de l'usure, mais les usuriers les éludaient en plaçant leurs créances sous le nom d'habitants des États voisins (*socii* et *latini*).

Or, ceux-ci n'étant pas soumis aux lois positi-

(*a*) Livius, XXXV, 7.

ves sur l'usure, les débiteurs se trouvaient sans protection contre eux (*b*). Afin de déjouer ces manœuvres déloyales, on rendit une loi qui déclara les lois romaines sur le prêt d'argent (les lois sur l'usure) obligatoires pour les *socii* et *latini* créanciers de citoyens romains (*c*).

2) Voici une règle de droit reconnue par un sénatus-consulte du temps d'Hadrien, et qui a la même nature. L'enfant né d'un mariage contracté *secundum leges moresque peregrinorum*, naît étranger, c'est-à-dire suit la condition de son père, lorsqu'à l'époque de la naissance la mère seule (et non aussi le père) avait obtenu le droit de cité romaine. Ainsi on appliquait avec une réciprocité complète aux citoyens des États étrangers ce principe de droit romain, que le *status* des *legitime concepti* se règle d'après l'époque de la conception (*d*).

Les cas suivants se rapportent à la collision des lois positives de l'Italie avec le droit des pro-

(*b*) L'incertitude qui enveloppe l'histoire des lois sur l'usure ne nous permet pas de déterminer celle dont il est ici question. Peut-être était-ce la loi sur le *unciarium fœnus*, peut-être celle sur le *semunciarium*. Cette question est sans intérêt pour le but qui nous occupe.

(*c*) Livius, l. c.: « plebesque scivit, ut cum sociis ac nomine Latino pecuniæ creditæ jus idem, quod cum civibus Romanis esset. »

(*d*) Gajus, I, § 92, rapproché du § 89.

vinces, c'est-à-dire à une collision de droits dans les limites de l'État romain.

3) En principe l'obligation du *fidepromissor* ne passait pas aux héritiers, comme celle du *fidejussor;* mais par exception l'obligation du *fidepromissor* passait aux héritiers, si celui-ci était un *peregrinus*, et appartenait à une ville d'une province dont le droit positif s'écartait sur ce point du droit romain (*e*).

4) Une *lex Furia* avait ordonné que l'obligation des *sponsores* et *fidepromissores* se prescrirait par deux ans, et que s'il y avait plusieurs cautions de cette espèce, chacune d'elles ne répondrait que d'une partie de la dette et non de sa totalité. Mais cette loi était faite pour l'Italie seulement et non pour les provinces (*f*), c'est-à-dire qu'elle s'appliquait exclusivement aux citoyens des villes de l'Italie et non aux citoyens des villes des provinces, lors même qu'ils auraient eu le droit de cité romaine (*g*).

(*e*) Gajus, III, § 120 : « Præterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quæramus, *et alio jure civitas ejus utatur.* » On peut s'étonner de voir que le *sponsor* nommé à côté du *fidepromissor* dans l'exposé de la règle n'est pas mentionné dans l'exception. Cela tient à ce que, en général, les étrangers ne pouvaient être *sponsores*. Gajus, III, § 93.

(*f*) Gajus, III, § 121, 122.

(*g*) Les *sponsores*, que les § 121, 122 supposent être des *provinciales*, devaient nécessairement avoir le droit de cité ro-

5) Il y avait une classe d'affranchis dont l'affranchissement ne faisait ni des *cives* ni des *latini*, mais seulement des *peregrini*, et même avec des restrictions spéciales (*dedititiorum numero*). On dit de ces affranchis qu'ils ne peuvent faire de testament, ni comme citoyens romains, puisqu'ils n'en ont pas le titre, ni comme *peregrini*, puisqu'ils ne sont citoyens d'aucune ville déterminée, d'après le droit de laquelle ils pourraient tester (*h*). — Cela implique évidemment que si ce *peregrinus* était citoyen d'une ville de province qui reconnût le droit de tester et eût des règles sur l'exercice de ce droit, il pourrait faire, conformément à ces règles, un testament valable

maine. Voy. note *e*. — Rudorff (Zeitschrift, XIV, p. 441), cherche à restreindre le sens de la lex Furia, de sorte qu'elle ne s'appliquerait pas à l'ensemble des faits qui nous occupent. La discussion de ce point nous mènerait trop loin.

(*h*) Ulpian., XX, § 14 : « Latinus Junianus, item is qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest... qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, *quoniam nullius certæ civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suæ testetur.* » Au lieu de *civis est*, qui est évidemment correct, le manuscrit porte *sciens*, leçon que souvent on a essayé de défendre par des raisons forcées et peu satisfaisantes. — *Adversus* ne signifie pas ici : *contre*, *en opposition avec*, mais bien : *d'après, conformément à ces lois*. Il a le même sens dans la L. 5, de usurp. (XLI, 3). Quelques-uns veulent corriger le texte, et remplacer *adversus* par *secundum*. Voy. Lachmann, Zeitschrift, IX, 203.

à Rome comme dans sa patrie. S'il n'a pas cette capacité, c'est parce que, en général, il n'appartient à aucune ville comme citoyen (§ 351, *n*).

6) Enfin l'on peut encore rappeler ici ce fait bien connu, que le droit spécial des villes latines sur le mariage fut abandonné lorsque ces villes obtinrent le droit de cité romaine (*i*).

Il serait très-aventureux de vouloir, d'après ce petit nombre de décisions isolées, poser des règles complètes sur la collision des différents droits territoriaux. Voici néanmoins des points qui peuvent nous servir de guides.

A) Lorsqu'un contrat intervient entre deux citoyens appartenant à des États différents, on ne peut opposer à aucune des parties le droit purement positif de l'État étranger, et on leur applique le *jus gentium* (*k*). Cependant des motifs politiques peuvent dans certains cas faire déroger à ce principe (N. 1).

B) Le droit de cité dans une ville déterminée règle pour chaque individu le droit auquel il est personnellement soumis et d'après lequel il doit être jugé (N. 3, 4 et 5).

On trouve en outre chez les jurisconsultes romains deux espèces de décisions que l'on pourrait aisément prendre pour des règles sur l'ob-

(*i*) Gellius, lib. IV, c. IV.
(*k*) Voy. § 348, *c*.

servation du droit local; mais comme en réalité elles n'ont pas ce caractère, il faut se garder d'en faire l'application à la recherche qui nous occupe.

Tels sont d'abord certains textes isolés qui, pour l'interprétation d'un acte juridique, renvoient aux *coutumes* locales, ce qu'il ne faut pas confondre avec des *règles de droit* local. — Ainsi quand il s'agit d'interpréter un contrat indéterminé, on suppose que les parties ont eu l'intention de se conformer à ce qui est *usité* dans le lieu du contrat (*l*). Par là on doit entendre évidemment non pas une règle de droit de la localité, mais les usages de fait adoptés généralement dans la localité. Nous trouvons plusieurs applications importantes de cette règle d'interprétation aux cautions à fournir pour les acquisitions d'une valeur considérable; ces cautions se règlent suivant l'usage des lieux, c'est-à-dire que la caution doit être semblable à celles que l'on a coutume de fournir volontairement (*m*). — Les intérêts

(*l*) L. 34, de R. J. (L. 17): « ... id sequamur, quod in regione in qua actum est *frequentatur*. »

(*m*) L. 6, de evict. (XXI, 2). — C'est par un motif semblable que pour les ventes importantes la *duplex stipulatio* était devenue, en général, un engagement du vendeur. L. 31, § 20, de æd. ed. (XXI, 1); L. 2; L. 37, pr., § 1, de evict. (XXI, 2). D'autres applications de cette règle d'interprétation (pour les testaments) se trouvent dans la L. 21, § 1, qui test. (XXVIII, 1); L. 50, § 3, de leg. 1 (XXX, un.); L. 18, § 3, de instructo (XXXIII, 7). — Néanmoins on verra plus

moratoires se payent suivant le taux actuel des intérêts dans la localité (*n*). Il en est de même des intérêts dus à un mandataire pour les sommes avancées par lui (*o*). Dans ces deux textes il ne s'agit pas d'une règle de droit local sur le taux des intérêts, mais bien de la valeur actuelle de l'argent dans la localité. Le motif de cette disposition est que les intérêts doivent indemniser le créancier de la privation de ses fonds. Or, cette indemnité se règle d'après les intérêts qu'il aurait pu réellement se procurer.

Ensuite, il y a des textes plus importants encore, qui rangent en trois classes les habitants libres de l'empire romain (*cives*, *latini*, *peregrini*), et que l'on pourrait regarder comme subordonnant les individus à un droit positif déterminé. Ainsi, l'on pourrait croire que le *jus civile* régit la première classe (*cives*), et le *jus gentium* les deux classes inférieures. Mais cette supposition est tout à fait inadmissible. Cette classification avait une grande importance pour la

bas (§ 372) que, pour notre sujet, l'on doit faire indirectement usage des textes que j'écarte ici.

(*n*) L. 1, pr., de usuris (XXII, 1) : « ...usurarum modus *ex more regionis*, ubi contractum est, constituitur. »

(*o*) L. 37, de usuris (XXII, 1) : « ...debere dici usuras venire, *eas autem, quæ in regione frequentantur*, ut est in b. f. judiciis constitutum. » (Ce sont les intérêts moratoires dont parle le texte qui précède.) Voy. aussi L. 10, § 3, mand. (XVII, 1); L. 7, § 10, de admin. (XXVI, 7).

capacité des individus; car le *civis* avait le *connubium* et le *commercium*, le *latinus* avait le *commercium* sans le *connubium*, et le *peregrinus* n'avait ni l'un ni l'autre (*p*) : mais d'un autre côté cette classification n'avait pas le moindre rapport avec le sujet qui nous occupe, c'est-à-dire avec l'ensemble du droit positif applicable à chaque individu. Quelques exemples mettront cela hors de doute. Les règles du *jus gentium* ne s'appliquaient pas moins aux *cives* que celles du *jus civile*. Le *Latinus Junianus*, tout en ayant comme *Latinus* la *testamentifactio*, ne pouvait faire de testament, parce que cela lui était spécialement interdit. Mais si son fils, qui était un *Latinus* né libre et que cette prohibition n'atteignait pas, usait de son droit de *Latinus* pour tester (*q*), sa succession était régie par les règles de

(*p*) Voy. vol. II, § 64-66. — C'est aux principes sur la capacité du droit et non à la théorie de l'application des droits territoriaux (la seule dont nous nous occupions ici) qu'il faut rapporter la règle que la stipulation dans la forme : *spondes? spondeo* est permise aux citoyens romains seulement, et interdite aux étrangers. Gajus, III, § 93.

(*q*) Ulpian., XX, § 14. — Ulpien, ibid., § 8, dit expressément qu'il avait la *testamentifactio*, et qu'ainsi cette prohibition toute positive l'empêchait seule de tester. D'ailleurs, le testament reposait sur la forme de la mancipation, et dès lors la *testamentifactio* était identique avec le *commercium*, c'est-à-dire la capacité de la mancipation qui appartenait à toutes les espèces de Latins. Ulpian., XIX, § 4, 5.

l'*hereditas*, c'est-à-dire selon la rigueur du *jus civile*, qui par conséquent s'appliquait à sa personne.

Si les textes dont je viens de parler ne rentrent pas dans notre sujet, il faut en dire autant et à bien plus forte raison des décisions du droit romain qui ordonnent en général l'application d'un droit coutumier local, sans établir ou indiquer le contraste d'un autre droit coutumier local, c'est-à-dire le cas d'une collision (*r*).

§ CCCLVII. *Principes du droit romain sur l'*origo *et le* domicilium. — *Effets de ces rapports* (Suite).

De l'ensemble de cette recherche il résulte que quiconque appartient à une ville déterminée est soumis : 1° aux charges municipales ; 2° à la juridiction de la ville ; 3° au droit positif spécial qui la régit. Toutes ces conséquences se tiennent par un lien intime ; et l'on peut les regarder comme de la même espèce. Néanmoins il y a entre elles une différence importante qu'il s'agit de signaler.

Quand une personne appartenait à plusieurs villes, à raison du droit de cité ou du domicile,

(*r*) Parmi ces textes on peut citer : L. 1, § 15, de inspic. ventre (XXV, 4) ; L. 19, C., de locato (IV, 65). — Telle est aussi la mention des *chirographa* et *syngraphæ* comme un *genus obligationis proprium peregrinorum*. Gajus, III, § 134. — Pour ce qui touche particulièrement la règle : *locus regit actum*, Voy. § 382.

elle était en même temps soumise aux charges municipales et à la juridiction de chacune de ces villes, mais elle ne pouvait être à la fois soumise au droit positif de ces différentes villes, car cela eût impliqué contradiction. En effet, elle pouvait être citée devant différents magistrats, au choix du demandeur; mais elle ne pouvait être jugée d'après des règles de droit différentes et peut-être diamétralement contraires. Chacun ne pouvant être soumis qu'à un seul droit local, il fallait nécessairement opter entre les différentes villes, bien que placées sur la même ligne quant aux charges municipales et à la juridiction.

Je tiens pour incontestable que quand une personne avait le droit de cité et un domicile dans des villes différentes, le droit local qui devait la régir était déterminé par le droit de cité et non par le domicile. Voici les motifs qui militent en faveur de cette opinion. D'abord, si l'on compare le droit de cité au domicile, qui dépendait d'une volonté arbitraire ou capricieuse, le droit de cité était un lien plus étroit et supérieur en soi. Secondement, il était le plus ancien; car il remontait à l'époque de la naissance, et le domicile ailleurs existant ne pouvait être que le résultat d'un acte postérieur de volonté libre: l'on ne voit donc aucune raison de changer le droit territorial une fois établi pour la personne. Troisièmement, dans les textes de droit romain cités

plus haut, on lit : « si... alio jure *civitas ejus* utatur (§ 356, *e*), et : « Quoniam nullius *certæ civitatis civis est* (§ 356, *h*); or, ces expressions indiquent clairement que le droit de cité et non le domicile déterminent le droit territorial applicable à chacun.

Si l'on admet cette règle comme vraie, il nous reste à prononcer sur les cas suivants, qui ne s'y trouvent pas compris.

D'abord un individu pouvait avoir droit de cité dans plusieurs villes à la fois, dans l'une par sa naissance, dans l'autre par l'adoption ou l'admission (§ 351). En pareil cas on donnait sans doute la prééminence au droit de cité le plus ancien, à celui résultant de la naissance (l'*origo*); car il n'y avait aucun motif de changer l'état personnel du droit. On n'avait certainement aucun égard, pour la fixation du droit personnel, au droit de cité de la ville de Rome que chaque *municeps* cumulait avec le droit de cité de sa ville particulière (§ 352); c'est ce dernier seulement que l'on prenait en considération.

Ensuite un individu pouvait n'avoir le droit de cité dans aucune ville (§ 351), et avoir un domicile. Le domicile déterminait alors le droit personnel de cet individu.

Restent enfin les cas où celui qui n'avait le droit de cité dans aucune ville (§ 351) avait un domicile dans plusieurs villes, ou n'en avait dans

aucune (§ 354). Nous ne trouvons dans les sources aucun témoignage direct sur la manière dont les Romains traitaient ces cas certainement fort rares. J'y reviendrai au sujet du droit actuel (§ 359).

L'observation que je faisais plus haut relativement à l'organisation judiciaire s'applique à ces règles sur le droit local ; si elles régnaient généralement du temps des anciens jurisconsultes, la constitution particulière de plusieurs provinces limitait leur empire dans les temps antérieurs (*a*).

§ CCCLVIII. Origo *et* domicilium *en droit actuel.*

Il n'est pas difficile d'établir que les principes du droit romain sur l'*origo* et le *domicilium* tels que je viens de les exposer ne sont pas reconnus par le droit actuel, et notamment par le droit commun de l'Allemagne, et qu'il n'en reste plus que quelques parties isolées. En effet, ces principes avaient pour base les territoires des villes qui s'étendaient comme un réseau sur le sol de l'empire romain tout entier, puis les com-

(*a*) Cela s'applique notamment à la Sicile, qui, d'après les textes déjà cités (§ 355, *u*) de Cicéron, avait ses tribunaux et ses lois. Cap. XIII : « *domi* certet *suis legibus.* » Cap. XXIV : « postulant, ut se *ad leges suas* rejiciat. » Cap. XXXVII : « ut cives inter se *legibus suis* agerent. »

munes urbaines qui servaient d'intermédiaires entre les individus et l'État; de sorte que chacun, sauf de rares exceptions, était soumis, comme citoyen d'une ville, à des obligations nombreuses et permanentes (§ 351).

Cette base de la constitution romaine dans son application aux diverses parties de l'État n'existe plus dans les temps modernes. Ainsi, en Allemagne, les villes forment depuis plusieurs siècles une partie importante de la constitution, tant de l'Empire que des divers États, mais une partie isolée, placée à côté d'autres parties plus importantes encore, de sorte que jamais on n'a pu regarder l'Allemagne comme composée de territoires, de villes et de communes urbaines. D'autres Etats ressemblent sous ce rapport à l'Allemagne; et ce n'est qu'en Italie où l'on trouve une organisation qui rappelle d'une manière partielle et incomplète la constitution de l'empire romain, et qui même doit être regardée comme un reste de cette constitution.

Si la base des principes des Romains sur l'*origo* et le *domicilium* n'existe plus, les rapports de droit qui en dépendent (*munera*, *forum*, le droit de la ville comme droit de la personne) n'existent plus dans le sens que les Romains y attachaient. Cela est surtout évident pour l'*origo*, c'est-à-dire pour le droit de cité supposé à chaque individu, tandis que la nature plus abstraite du

domicilium semble mieux se prêter à une conservation partielle.

Aussi les auteurs modernes ont-ils toujours reconnu qu'en cette matière l'état actuel du droit diffère entièrement de celui du droit romain. S'ils ne nous donnent pas la mesure exacte de ces changements, c'est qu'aucun d'eux n'a embrassé l'ensemble complet de ces institutions du droit romain. Mais une application spéciale, la juridiction, ayant appelé leur attention sur cet objet, il se sont accordés à reconnaître que le *forum originis* des Romains, dans sa signification primitive, n'existe plus pour nous, et que tout au plus ils existe en droit actuel quelque chose d'analogue, réservé pour des cas rares comme expédient secondaire (*a*). — Si l'on pouvait douter du changement radical opéré en cettte partie du droit, il suffirait de voir combien les auteurs modernes ont mal compris les idées et les expressions techniques des Romains; non que les sources du droit présentent ici des obscurités ou des lacunes extraordinaires, mais parce que leur contenu diffère essentiellement de l'état de choses actuel.

L'on pourrait ici recourir à une distinction, et dire que si l'*origo* a disparu du droit romain ac-

(*a*) Lauterbach, de domicilio, § 13, 14, 50; Schilter, ex. 13, § 24; Stryk, V, 1, § 17-18; Gluck, vol. VI, p. 261.

tuel, le *domicilium* y occupe toujours la même place. Cela même ne saurait être admis qu'avec de grandes restrictions.

En effet, la signification pratique du *domicilium* romain se rapportait toujours à la commune urbaine et à son territoire, puisque le domicile, comme le droit de cité, plaçait un individu sous la dépendance de la commune urbaine (§ 351-353). Cette signification pratique exclusive n'existe plus aujourd'hui, ou plutôt elle a revêtu une autre forme.

D'un autre côté le domicile s'acquiert et se perd aujourd'hui de la même manière qu'en droit romain (§ 353-354), et sur ce point les prescriptions du droit romain sont tout à fait applicables.

Pour mieux faire ressortir ce qui en cette matière est ou n'est pas susceptible d'application, il nous faut revenir sur les trois effets que le droit romain attache au domicile, comme au droit de cité (§ 355-356).

1) Charges municipales (*munera*). Nous n'avons pas à nous en occuper ici, puisqu'elles appartiennent exclusivement à la constitution romaine.

2) Juridiction (*forum domicilii*).

Cet effet du domicile non-seulement subsiste en droit actuel, mais il a pour nous bien plus d'importance qu'il n'en avait pour les Romains. En effet, chez les Romains, le *forum originis* se

plaçait ordinairement à côté du *forum domicilii*, de sorte que le demandeur pouvait choisir l'un ou l'autre (§ 355); l'*origo* telle que l'entendaient les Romains n'existe plus pour nous, dès lors il ne reste plus que le *forum domicilii* comme juridiction régulière de chacun.

Mais cette juridiction, comme le domicile lui-même qui la détermine, a maintenant une autre signification qu'en droit romain. Elle ne se rapporte pas nécessairement à la magistrature du territoire d'une ville où se trouve le domicile, mais à un ressort judiciaire dont les limites peuvent être très-diversement fixées, et qui peuvent accidentellement coïncider avec celles du territoire d'une ville.

3) Le droit spécial du territoire, auquel chacun est soumis comme à son droit personnel. Ce que je disais tout à l'heure de la juridiction s'applique également ici. Non-seulement cet effet subsiste encore, mais étant devenu exclusivement applicable, il a acquis plus d'importance qu'il n'en avait chez les Romains. La signification du droit territorial a changé comme celle de la juridiction.

Ce dernier objet a pour nous plus d'importance que tout le reste; car c'est là notre sujet principal, et toutes les autres questions traitées dans cette recherche n'en sont que l'accessoire; c'est pourquoi nous allons nous en occuper spécialement (§ 359).

Après avoir exposé les grands changements qui se sont opérés dans le passage des temps anciens aux temps modernes, on peut signaler comme une singularité remarquable, que dans un petit pays de l'Europe il s'est formé un état du droit semblable à celui des Romains, c'est-à-dire une *origo* différente du *domicilium*, et ayant sur ce dernier une influence prédominante.

Cet état du droit n'est ni un reste ni une imitation de l'organisation romaine; car il a ses caractères particuliers. Ainsi il ne repose pas exclusivement sur le droit de cité dans une ville, mais bien sur le droit de bourgeoisie dans une commune, soit urbaine, soit rurale. Cet état du droit existe dans la plupart des cantons de la Suisse allemande; là le droit de bourgeoisie dans une commune déterminée, qui est en même temps une condition nécessaire pour acquérir le droit de bourgeoisie cantonale, règle, de préférence au domicile pouvant exister ailleurs, les rapports de droit les plus importants, tels que la capacité du droit et la capacité d'agir, le mariage, la puissance paternelle, la tutelle, le droit de tester, et de succéder *ab intestat*. Pour plusieurs de ces rapports le droit de l'*origo* (le droit de bourgeoisie dans une commune) détermine, de préférence au domicile, non-seulement le droit local applicable, mais aussi la juridiction. Cela a lieu notamment pour les actions en divorce et

en pétition d'hérédité. Toutes ces dispositions reposent tant sur d'anciennes traditions que sur des concordats faits entre beaucoup de cantons (*b*).

§ CCCLIX. Origo *et* domicilium *en droit actuel* (Suite).

En droit actuel, le domicile détermine régulièrement le droit territorial spécial auquel chacun est soumis comme à son droit personnel (§ 358), et ce principe est depuis longtemps généralement admis (*a*). Ainsi ce qui est pour nous la règle s'appliquait, comme exception du droit romain, à ceux qui, n'ayant le droit de cité dans aucune ville, se trouvaient sans *origo* (§ 357). Pour mettre en relief cette règle du droit actuel et son rapport avec le droit romain et avec l'exception dont je

(*b*) Offizielle Sammlung der das Schweizerische Staatsrecht betreffenden Actenstücke, vol. II, Zürich, 1822, in-4°, p. 34, 36, 39. — Je dois ces renseignements sur la Suisse à une communication bienveillante de Keller.

(*a*) Voy. les auteurs cités § 358, note *a*, et Eichhorn Deutsches Recht, § 34. — Touchant l'accord des jurisconsultes étrangers, je citerai comme témoignages remarquables : Projet de code civil, Paris, 1801, in-8°, p. LV, LVI. — Rocco, lib. II, c. VIII, où l'on donne également comme base de l'application du droit local aux particuliers, le simple domicile, tout à fait distinct de la naturalisation (politique) dont parle le lib. I, c. X. — Story, ch. III et IV.

viens de parler, on peut dire : 1° Il y avait chez les Romains à côté du *forum domicilii*, le *forum originis*, placés absolument sur la même ligne. Aujourd'hui le *forum originis* tel que l'entendaient les Romains n'existe plus, et il ne reste que le *forum domicilii* : 2° Chez les Romains on appliquait la *lex originis* comme droit territorial personnel de chaque individu, et par exception seulement la *lex domicilii* à celui qui se trouvait sans *origo*. Aujourd'hui la *lex domicilii* est la seule qui détermine régulièrement le droit territorial personnel de chaque individu (*b*).

Quoique cette règle de la plus haute importance, et qui doit servir de base à l'ensemble de notre recherche, soit généralement reconnue, voici néanmoins deux points qu'il est nécessaire de mieux préciser.

D'abord, en droit actuel, le domicile par rapport au droit territorial a une autre signification

(*b*) J'ai déjà signalé (§ 356) la relation qui existe entre le *forum* (*originis*, *domicilii*) et la *lex* (*originis*, *domicilii*). Cette relation se montre non-seulement en droit romain, mais aussi dans plusieurs conséquences purement pratiques du droit actuel ; je citerai, comme exemple, la règle que les personnes qui ne sont pas soumises à la juridiction locale ne le sont pas non plus aux statuts locaux. Eichhorn, Deutsches Recht, § 34. Néanmoins ce n'est pas là une règle absolue ; car elle aurait des inconvénients, et d'abord dans les cas nombreux où il y a conflit de juridiction (par exemple, celle du *domicilii* et de la *rei sitæ*).

et d'autres limites qu'en droit romain : j'ai déjà fait la même remarque au sujet de la juridiction (§ 358). Chez les Romains la *lex originis*, comme la *lex domicilii*, était toujours le droit local du territoire d'une ville déterminée (§ 356). Aujourd'hui l'unité d'un droit territorial, comme celle d'une juridiction, peut avoir des limites très-diversement fixées (*c*) ; et si les limites d'un droit territorial coïncident avec celles du territoire d'une ville, c'est une circonstance tout à fait accidentelle. Si l'on voulait exprimer ce rapport par une désignation générale, on pourrait créer l'expression technique de *ressort d'une loi*, qui serait parfaitement intelligible d'après son analogie avec l'expression : ressort d'un tribunal. Seulement on ne doit pas oublier qu'ici le mot de loi (de même que *lex domicilii*) est pris dans une acception large pour toute règle de droit positif, soit qu'elle repose sur une loi proprement dite ou sur un droit coutumier.

Ensuite, on pourrait croire que la règle ici établie sur la *lex domicilii* s'applique sans restrictions à la collision entre les droits particuliers d'un seul et même État (§ 347), mais non à la collision entre les lois d'États souverains (§ 348), et que pour celle-ci on a égard à la qualité de

(*c*) J'ai déjà parlé, § 347, de ces différences et des limites des droits territoriaux.

sujet, et non au domicile. — En effet, nous trouvons dans plusieurs grands États des dispositions formelles sur la manière dont s'acquiert et se perd la qualité de sujet de l'État; d'où l'on pourrait induire que cette qualité et non le domicile détermine l'application du droit territorial aux individus, ce qui nous reporterait à une modification du système romain sur l'*origo* (différente du *domicilium*).

Cela a une apparence de raison pour le droit français, qui renferme des dispositions très-précises sur l'acquisition et sur la perte de la qualité de Français (*d*). A ces dispositions se rattache : que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étrangers (*e*), et que tout Français jouit des droits civils (*f*). Par là on pourrait entendre que l'étranger ne jouit pas des droits civils en France, ce qui reproduirait pour la capacité du droit la distinction romaine des *cives* et des *peregrini*. Mais indépendamment de ce que les juris-

(*d*) Code civil, art. 9-13, 17-21. La qualité de Français est distincte de celle de citoyen, qui se rapporte aux droits politiques, art. 7. — Fœlix, p. 36-39, parle d'abord de la nationalité comme base de l'application du droit local, mais ensuite il emploie cette expression comme synonyme de domicile; et ainsi il ne veut pas se mettre en contradiction avec les idées adoptées par les auteurs du droit commun.

(*e*) Code civil, art. 3. Voy. § 363, à la fin du paragraphe.

(*f*) Code civil, art. 8.

consultes français ont sur les droits civils des idées confuses et erronées (*g*), nous voyons ailleurs que les droits accordés aux étrangers sont presque les mêmes que ceux des Français (*h*) : ainsi donc la signification pratique de la qualité de Français a beaucoup moins d'importance qu'on ne pourrait le croire au premier abord ; elle porte principalement sur la capacité d'agir, et j'aurai l'occasion d'y revenir au sujet de cette capacité.

En Prusse une loi récente a réglé la manière dont s'acquiert et se perd la qualité de Prussien et de sujet prussien (*i*), et l'on pourrait croire que cette loi établit pour l'application du droit prussien aux individus d'autres conditions que celle du domicile (*k*). Mais cela aurait encore moins d'apparence de fondement qu'en droit français. Cette loi ne parle que des rapports de droit politique, et d'après les lois générales de la Prusse il n'est pas douteux que le droit personnel des individus est déterminé par le domicile

(*g*) Voy. vol. II, p. 154, sq.

(*h*) Code civil, art. 11, où le principe de la réciprocité est établi, ce qui tend à accorder presque partout la même capacité du droit aux étrangers et aux nationaux.

(*i*) Loi du 31 décembre 1842 (G. S., 1843, p. 15).

(*k*) La loi citée dit expressément, § 13-23, que la qualité de Prussien ne s'acquiert ni ne se perd par le seul fait du domicile.

sans distinction entre les nationaux et les étrangers (*l*).

Pour le droit anglais et pour le droit américain, qui en dérive, on pourrait aussi penser que le principe fondamental de l'application du droit privé est la dépendance de l'État et non le domicile. Mais Story, qui expose le pur droit anglais, admet le principe du domicile, et précisément dans le même sens que les auteurs qui ont écrit sur le droit romain (chap. 3 et 4).

Ainsi donc le domicile est réellement le motif général qui détermine l'application du droit privé, et il a été reconnu comme tel par les auteurs cités plus haut (§ 358, *a*).

Je viens d'établir que le domicile détermine la juridiction (*forum domicilii*) et le droit local de la personne (*lex domicilii*); mais il y a deux cas où ce principe général est insuffisant et a besoin d'être complété : c'est lorsque la personne dont il s'agit a plusieurs domiciles, ou lorsqu'elle n'en a aucun (§ 354).

(*l*) Allg. Landrecht, Einleitung, § 23, 24, 34. — Cela est aussi confirmé par les nombreux traités faits avec les États allemands voisins, où l'on convient de part et d'autre que la juridiction personnelle sera déterminée par le domicile, sans aucune mention d'aucun autre lien qui attacherait les sujets aux pays. Je citerai comme exemples le traité avec Weimar, 1824, art. 8, et celui avec la Saxe, 1839, art. 8 (G. S. 1824, p. 150; 1839, p. 354).

Le premier cas ne donne lieu à aucune difficulté quant à la juridiction. Elle existe dans chacun des lieux où il y a un domicile, et le demandeur a la liberté du choix précisément comme en droit romain (§ 355).

Une semblable décision est inapplicable au droit local de la personne; et quand elle a simultanément plusieurs domiciles, nous devons chercher un motif de préférence pour le droit local de l'un deux. Je me prononce sans hésiter pour le droit local du domicile plus ancien, et cela parce que rien ne motive le changement du droit local constitué par le premier domicile (*m*).

Enfin, le second cas où notre principe est insuffisant et demande à être complété, est celui où la personne dont on veut déterminer la juridiction ou le droit local se trouve sans aucun domicile actuel.

Ce cas peut se présenter d'abord quand une personne, après avoir eu un véritable domicile, l'abandonne et ne s'en choisit pas un autre. Nous devons ici nous prononcer pour le droit local de cet ancien domicile, d'après le motif que je donnais tout à l'heure (note *m*) : c'est que rien ne

(*m*) On a vu plus haut une décision du même genre fondée sur le même motif, et relative au cas où en droit romain une même personne avait le droit de cité dans plusieurs lieux (§ 357). — Meier, de conflictu legum, p. 16, est en général d'accord avec moi sur ce point.

justifie un changement. — C'est encore au même point de vue que l'on doit envisager le cas suivant, celui où une personne ne s'est jamais constitué de domicile. Il faut alors remonter à une époque où cette personne avait un domicile sans l'avoir choisi. Cette époque est celle de la naissance, où le domicile d'un enfant légitime est celui de son père (*n*).

Telle est l'*origo* dans le sens du droit actuel, et c'est toujours ainsi qu'elle a été envisagée par les bons jurisconsultes à propos du *forum originis* (*o*), quoique souvent on l'ait confondu avec le simple lieu de la naissance (§ 350, *a*), ou que l'on n'en ait pas eu une idée claire, faute de bien saisir la relation qui existe entre l'idée ancienne et l'idée moderne. Afin de détruire cette dernière cause d'erreur, je vais résumer en peu de mots la distinction qui ressort de la présente recherche.

(*n*) Voy. § 353, *t* (avec les détails que j'y joins). — Voetius, V, 1, § 92, rend une décision semblable, et il en donne aussi le véritable motif. — Meier, de conflictu legum, p. 14, le réfère au lieu de naissance, qui en soi est indifférent. A la vérité le lieu de naissance est le plus souvent le même que celui que j'indique.

(*o*) La législation prussienne a adopté cette doctrine. Dans le A. L. R. Einl. § 25, l'expression : « le lieu de l'origine » est prise dans un sens indéterminé, et l'on pourrait l'entendre du simple lieu de naissance ; mais la Allg. Ger. Ordn. I, 2, § 17, 18, dit expressément que l'origine et le *forum originis* désignent la juridiction à laquelle sont soumis les parents.

Les Romains appellent *origo* le droit de cité acquis à un individu par la naissance. Nous appelons *origo* le domicile fictif attribué à un individu dans le lieu où à l'époque de sa naissance son père était domicilié.

Cette notion de l'origine (*origo*), dans le sens du droit actuel, est également applicable à la juridiction comme *forum originis*, et au droit local de la personne comme *lex originis*.

Par là nous ne nous mettons nullement en contradiction avec le droit romain, dont je n'ai pas donné la décision (§ 357) sur le cas qui nous occupe. Je suis même persuadé que les Romains auraient rendu précisément la même décision si le cas leur eût été soumis. En effet, sans parler de la conséquence logique invoquée pour le droit actuel et que les Romains pouvaient reconnaître comme nous, je citerai une décision formelle dans un cas tout à fait analogue et fondée sur le même motif. L'affranchi pouvait se choisir un domicile indépendant de celui de son patron (§ 353, *v*). Néanmoins on dit que le domicile de l'affranchi est déterminé par celui du patron, comme aussi le domicile des enfants de l'affranchi, et même le domicile des esclaves que celui-ci aurait affranchis à son tour (*p*). Voici comment

(*p*) Voy. § 353, *u*. — Les textes décisifs sont : L. 6, § 3; L. 22, pr., ad mun. (L. 1); et pour la saine interprétation de

s'explique cette contradiction apparente. Au moment de son affranchissement, l'esclave n'avait pas d'autre domicile que celui du patron à la maison duquel il a appartenu jusqu'alors. Il conserve ce domicile tant qu'il n'en a pas choisi un autre, c'est-à-dire tant que ce changement n'est pas constaté. On doit donc attribuer aussi le même domicile aux personnes placées sous sa dépendance (ses enfants et ses affranchis), tant qu'elles n'ont pas changé cet état de choses en prenant un domicile de leur choix. Ces décisions des jurisconsultes romains reposent évidemment sur le principe invoqué plus haut pour l'*origo* du droit actuel; et elle nous permettent à peine de douter que quand le fils d'un affranchi ne s'était pas constitué un domicile propre, les Romains ne lui attribuassent le domicile qu'avait le père, lors de la naissance de ce fils.

Je dois aussi mentionner une expression technique assez singulière, généralement adoptée par les jurisconsultes modernes, celle de *domicilium originis* (*q*). Si l'on se reporte à la phraséologie romaine, ces expressions ainsi combinées n'ont

ces textes il faut consulter la Zeitschrift f. gesch. Rechtsw., IX, p. 98.

(*q*) Schilter, ex. 13, § 24; Lauterbach, de domicilio, § 13. — Thomasius, de vagabundo, § 44 68, blâme cette expression technique; mais il se perd dans des subtilités absolument stériles.

pas de sens, puisqu'elles représentent deux ordres d'idées distincts et indépendants l'un de l'autre. Les jurisconsultes modernes désignent par cette expression technique le domicile résultant non du choix d'un individu, mais de son origine, c'est-à-dire d'une espèce de fiction.

Maintenant on pourrait aller plus loin encore, et demander quel est le droit applicable quand un individu ne s'est point constitué de domicile et qu'on ignore celui de son père ? Cette question peut se présenter notamment quand une personne étant décédée, il s'agit de régler sa succession ab intestat. On n'a guère alors d'autre moyen que de considérer comme domicile la résidence actuelle, par exemple le lieu du décès quand il s'agit d'une succession. — Pour les enfants trouvés on peut regarder comme domicile le lieu où ils ont été recueillis, sauf à lui substituer le lieu où on les enverrait résider pour faire leur éducation soit dans un établissement public, soit chez des particuliers (*r*).

§ CCCLX. *Transition à l'étude des divers rapports de droit.*

Le point où nous sommes arrivés formant une des grandes divisions de notre sujet, il est bon

(*r*) Linde Lehrbuch, § 89.

de jeter un coup d'œil sur la route que nous avons parcourue.

Voici l'ordre que nous avons suivi dans notre recherche. Nous avons cherché quel est le principe de droit qui soumet un individu à un droit local déterminé (§ 345). En droit romain nous avons trouvé que ce principe était le droit de cité dans une ville (*origo*), et subsidiairement le domicile dans le territoire d'une ville déterminée (§ 350-357). En droit actuel nous avons trouvé que le domicile est le principe qui soumet un individu à l'empire d'un droit déterminé (§ 358-359).

Mais en même temps nous avons reconnu que, tout en nous donnant une base pour la solution de notre problème, ce principe ne suffisait pas à le résoudre. En effet, il ne s'agit plus, ainsi que nous l'avons fait jusqu'ici, d'envisager la personne dans son existence abstraite; nous devons la considérer sous un point de vue tout nouveau comme centre d'un vaste cercle de droits acquis, comme titulaire de ces droits, et comme pouvant dès lors rentrer dans le domaine des droits les plus divers (§ 345).

Ainsi jusqu'à présent nous avons cherché le lien qui rattache la personne à un lieu déterminé, au domaine d'un droit spécial : maintenant nous allons entreprendre un travail semblable pour les rapports de droit, et montrer le lien qui les rattache à un lieu déterminé, au domaine d'un

droit spécial. Mais afin de rapprocher, par la similitude des termes, les deux parties de cette recherche, nous pouvons dire que nous allons assigner à chaque classe de rapports de droit un siége déterminé.

Continuant la même idée, je vais reproduire ici la formule déjà posée plus haut (§ 348) sous un point de vue différent, et qui résume ainsi le problème à résoudre :

Rechercher pour chaque rapport de droit le domaine du droit auquel ce rapport appartient de sa nature (où ce rapport de droit a son siége).

Cette formule en ce qu'elle a d'essentiel s'applique à toutes les collisions qui peuvent s'élever entre les droits locaux, soit qu'ils appartiennent au même État ou à des États différents.

La solution de ce problème nous permettra seule de faire à la vie réelle une application sûre et complète des principes; en ce sens on peut dire que jusqu'ici nous avons traité la partie théorique de notre sujet, et que nous allons passer à sa partie pratique.

Dans cette recherche j'aurai souvent occasion de reproduire certains points de vue généraux. Je vais les indiquer ici sommairement, afin de mieux les mettre en évidence et de rendre ensuite ma tâche plus facile.

1) J'ai déjà montré qu'en droit romain, et jusqu'à un certain point en droit actuel, il existe un

lien intime entre la juridiction et le droit local à appliquer (§ 356, 359). Quant à la personne, ce lien résulte de l'obéissance qu'elle doit également aux magistrats et au droit local. Cette double sujétion existe aussi pour les rapports de droits, mais l'analogie ne va pas jusqu'à l'identité. Pour s'en convaincre il suffit d'observer que dans beaucoup de cas il y a deux juridictions compétentes, tandis qu'il ne peut jamais y avoir qu'un seul droit local applicable.

2) Le droit local applicable à chaque rapport de droit se trouve sous l'influence de la volonté libre des personnes intéressées, qui se soumettent volontairement à l'empire d'un droit déterminé, bien que cette influence ne soit pas illimitée. Cette soumission volontaire étend aussi son efficacité à la juridiction compétente pour connaître des divers rapports de droit.

Cette soumission volontaire à un droit local nous apparaît sous différentes formes et à différents degrés : quelquefois on prend comme règle un droit local déterminé, tandis que l'on pouvait aussi bien en choisir un autre ; c'est ce qui arrive notamment en matière d'obligations, où le droit local librement choisi doit être considéré comme partie intégrante du contrat. Dans d'autres cas cette soumission volontaire résulte de l'acquisition même d'un droit : ainsi, par exemple, celui qui acquiert un immeuble situé dans

le domaine d'un droit étranger était bien libre de ne pas l'acquérir, mais, par le fait même de l'acquisition, il accepte le droit local qui régit l'immeuble.

L'application d'un droit local comme conséquence de cette soumission volontaire présente toujours deux questions à résoudre. Sous quelles conditions doit-on l'admettre ; car le plus souvent elle n'est pas l'objet d'une déclaration expresse ? Dans quels cas cette soumission est-elle facultative, ou prohibée par des lois absolues ?

La grande influence de cette soumission volontaire sur le droit local applicable a été, de tout temps, généralement reconnue. En droit romain on aurait pu la mettre en doute ; car la dépendance personnelle d'un droit local déterminé résultait du droit de cité (§ 357), lequel était régulièrement conféré à chacun non par sa volonté, mais par sa naissance (§ 352). Quand au droit actuel, il n'admet pas la moindre incertitude, puisque la dépendance d'un droit local déterminé résulte du domicile. Or, chacun étant absolument libre de choisir son domicile, la faculté de se soumettre, pour chaque rapport de droit, à un droit local déterminé, ne saurait être l'objet du moindre doute.

La soumission volontaire qui nous occupe nous apparaît tantôt comme unilatérale (quand il s'agit de l'acquisition de la propriété ou d'au-

tres droits réels), tantôt comme résultant du concours de plusieurs volontés (quand il s'agit d'obligations contractuelles). Dans ce dernier cas on pourrait être tenté de la regarder comme un contrat, c'est-à-dire comme un contrat tacite. Mais ce point de vue ne serait pas entièrement juste. Tout contrat implique une volonté positive dont les parties ont clairement conscience. Or, dans le cas dont il s'agit une telle volonté n'existe pas nécessairement. Mais une règle générale de droit fondée sur un besoin réel suppose cette volonté, tant qu'une volonté contraire n'est pas formellement exprimée. Cette distinction entre la soumission volontaire et le contrat est sans doute un peu subtile; mais j'en ferai plus bas (§ 379, Num. 3) une application assez importante qui mettra sa vérité dans tout son jour.

Si la grande influence de la soumission volontaire à un droit local déterminé est généralement reconnue, et ne donne lieu à aucune discussion, je dois néanmoins m'élever contre une locution récemment introduite en la matière. Ainsi les auteurs modernes (*a*) ont coutume d'appeler *autonomie* cet effet très-général de la volonté libre. Or, cette expression technique sert depuis

(*a*) Wachter, II, p. 35; Eichhorn Deutsches Recht. § 33, 37; Mittermaier, Deutsches Recht, § 30, 31; Fœlix, p. 134.

longtemps à désigner un rapport tout spécial dans le développement du droit germanique, je veux dire le privilége appartenant à la noblesse et à plusieurs corporations, de régler elles-mêmes leurs rapports particuliers par une espèce de législation domestique (*b*). Ainsi entendu ce mot est très-nécessaire ; et l'on affaiblit sa signification propre, quand on l'applique aux rapports tout différents qui nous occupent, sans que cet emprunt inutile ajoute rien à leur précision ou à leur clarté. Si pour justifier cette locution on disait que quand les parties se soumettent à un droit existant, elles se donnent réellement une loi, je répondrais que cela est bien plus vrai encore pour le libre choix du domicile, et cependant personne n'a jamais représenté cette faculté comme un exercice de l'autonomie. — Ainsi donc, quand il s'agit de la soumission à un droit local, ou du choix du domicile, ou de tout acte libre qui peut avoir des conséquences juridiques, je pense que l'on doit éviter l'emploi du mot autonomie (*c*).

(*b*) Eichhorn, Deutsches Recht. § 20, 25, 30; Rechtsgeschichte, vol. II, § 346. — Phillips, Deutsches Recht, vol. I, p. 89; vol. II, p. 73, — Puchta, Gewohnheitsrecht, vol. I, p. 155-160; vol. II, p. 107.

(*c*) Voy. aussi Puchta, Gewohnheitsrecht, vol. I, p. 158; vol. II, p. 107. La phraséologie dont je fais ici la critique repose sur une erreur semblable à celle qui confond les actes

3) Si, nous plaçant à un point de vue général, nous examinons comment les questions qui nous occupent ont été traitées depuis plusieurs siècles par les auteurs, par la jurisprudence des tribunaux et même par la législation de diverses nations, nous devons reconnaître que les opinions se sont beaucoup modifiées et même qu'elles tendent constamment à se rapprocher; et la ligne de démarcation rigoureuse qui séparait autrefois les différents peuples s'efface tous les jours davantage. Ce changement nous est attesté par deux faits que j'ai signalés plus haut (§ 348) : la capacité du droit reconnue aux étrangers de plus en plus semblable à celle des nationaux, et la reconnaissance d'un plus grand nombre de principes qui rentrent dans un droit coutumier général sur la matière. Si des circonstances extérieures et imprévues n'arrêtent pas ce développement du droit, on peut croire qu'il finira par être le même chez tous les peuples. Cet accord pourrait résulter des doctrines scientifiques auxquelles se conformerait la pratique des tribunaux ; il pourrait aussi résulter d'une loi sur la collision des droits locaux adoptée par toutes les nations. Je ne dis pas que cette dernière mesure soit vraisemblable, ou même qu'elle soit préférable à

servant de base aux rapports de droit avec les sources du droit. Voy. Vol. I, § 6, note *b*.

la voie purement scientifique. Mais la pensée de cette loi peut nous servir comme terme de comparaison pour les règles à établir sur la collision, et pour chacune d'elles nous aurons à nous demander si elle mériterait de prendre place dans une loi commune à toutes les nations.

Malgré cette tendance au rapprochement, il reste un point capital qui donne lieu aux contrastes les plus tranchés. L'ancien droit germanique pose en principe une distinction rigoureuse entre la propriété des immeubles et la propriété tant des meubles que de tous les autres biens, notamment les obligations. Si l'on maintient cette distinction, on est conduit à appliquer sous tous les rapports aux biens immobiliers la loi du lieu où ils sont situés, et ainsi dans les cas les plus importants à les traiter autrement que le reste des biens. Si l'on abandonne cette distinction, dans de semblables circonstances toutes les espèces de biens seraient mises sur la même ligne. J'aurai bientôt occasion de parler avec plus de détails de ce contraste important au sujet des droits réels, surtout au sujet des successions et des biens dotaux; mais, vu la généralité de sa nature, j'ai cru convenable de la mentionner ici sommairement.

Quiconque examinera la chose sans prévention reconnaîtra que de nos jours les grands changements survenus en tout ce qui concerne les biens

et le commerce doivent faire abandonner la distinction rigoureuse des biens. Les adversaires de cette opinion ne nient pas les graves difficultés que présenterait aujourd'hui l'application de cette distinction; mais ils en tiennent peu de compte, et ils prétendent que de pareils obstacles ne doivent pas nous empêcher de maintenir les vrais principes. Nous n'aurions rien à objecter si les difficultés n'existaient que pour les juges appelés à prononcer, et s'il s'agissait uniquement de leur épargner des soins et du travail; mais les difficultés et le préjudice qu'elles entraînent retombent sur les personnes intéressées, sur les parties auxquelles il s'agit d'appliquer les règles du droit; or, nous ne devons pas oublier que le but des règles est d'assurer à tous les intérêts légitimes une protection égale, et qu'enfin les règles sont faites pour les parties, et non pas les parties pour les règles.

Maintenant allons au fond des choses, et voyons quels principes on risque de compromettre en écartant ces difficultés. — On pourrait croire que l'on porte atteinte aux intérêts des nationaux, si dans certains cas une loi étrangère sur les successions attribuait à un étranger, de préférence à un national, un immeuble du pays. Mais d'abord la loi étrangère pourrait quelquefois amener un résultat inverse; et ensuite, dès qu'il y a réciprocité, ce danger, si on peut l'appeler un

danger, se trouve complétement écarté. — On pourrait croire que la dignité et l'indépendance de l'État seraient compromises, si on appliquait une règle de droit étranger à la succession d'un immeuble du pays. Mais cette objection tombe également devant le principe de la réciprocité, principe qui nous montre la communauté de droit entre tous les peuples comme la base et le but définitif de nos théories (§ 348).

Voici comment se traduit par les faits la divergence d'opinions que je viens de signaler. Dans les temps modernes les auteurs allemands tendent tous les jours davantage à abandonner la distinction rigoureuse entre les immeubles et les autres biens; sur ce point les romanistes et les germanistes sont entièrement d'accord. Les auteurs anglais, au contraire, y compris les Américains, dont les doctrines ont aussi pour base la *common law*, soutiennent le principe de la distinction rigoureuse (*d*), et les auteurs français semblent se ranger à leur avis. Partout la jurisprudence des tribunaux se montre en harmonie avec les opinions des auteurs, et c'est la conséquence naturelle d'une influence réciproque.

(*d*) Si ce principe s'est maintenu en Angleterre, on doit l'attribuer à l'influence du droit féodal normand, qui encore aujourd'hui règle en partie la transmission de la propriété foncière.

§ CCCLXI. *Transition à l'étude de divers rapports de droit* (Suite).

Nous avons à déterminer pour chaque classe de rapports de droit le domaine auquel il appartient, c'est-à-dire le siége du rapport de droit (§ 360). La base de ce travail doit être l'énumération des rapports de droit eux-mêmes auxquels s'applique notre recherche (*a*).

Tout rapport de droit a pour centre la personne qui en est titulaire, et ainsi il s'agit de déterminer d'abord l'état de la personne en soi. A cet effet, il faut établir deux espèces de conditions : les conditions sous lesquelles une personne peut *être* titulaire d'un rapport de droit (capacité du droit); et les conditions sous lesquelles elle peut, en vertu de sa liberté, *devenir* titulaire d'un rapport de droit (capacité d'agir). C'est cette double capacité que l'on appelle ordinairement état absolu de la personne.

Autour de ce point central (la personne en soi) se groupent les droits acquis, sous leurs

(*a*) Voy. § 345, et Vol. I, § 53-58. — J'ai traité de la capacité du droit et de la capacité d'agir. Vol. II et III, et du droit d'action, Vol. V, VI et VII. — Au reste, je n'ai pas besoin d'avertir que la présente recherche, comme l'ensemble de ce traité, est consacrée entièrement aux matières du droit privé, ce qui exclut le droit de la procédure et le droit pénal. Voy. Vol. I, § 1.

manifestations diverses. On peut les ramener à deux classes principales déterminées par leur objet : le droit de la famille et le droit des biens.

Au droit des biens se rattachent d'abord les droits à des choses déterminées (les droits réels), puis les droits à certains actes de personnes déterminées (le droit des obligations, dont le droit des actions doit être regardé comme une branche).

Les droits divers dont la réunion compose les biens, nous apparaissent comme une suite artificielle dans le droit de succession, qui a pour objet l'ensemble des biens sous l'idée abstraite d'un contenu indéterminé.

La famille nous apparaît d'abord avec sa nature primitive, comme forme permanente de la vie (droit de la famille pur), ensuite avec la grande influence que ses diverses branches exercent sur les biens (droit de la famille appliqué). Nous aurons à la considérer sous trois aspects, les seuls qu'elle présente en droit romain actuel : le mariage, la puissance paternelle et la tutelle, puisque le droit des esclaves maintenu jusque dans les derniers temps de l'ancien droit romain n'existe plus depuis longtemps.

Ainsi donc les rapports de droit dont nous avons à nous occuper dans la suite de cette recherche peuvent se classer de la manière suivante :

I) Etat de la personne en soi (capacité du droit, capacité d'agir).

II) Droit des choses.

III) Droit des obligations.

IV) Droit de succession.

V) Droit de la famille.

A, Mariage.

B, Puissance paternelle.

C, Tutelle.

Pour chaque rapport de droit appartenant à l'une des classes que nous venons d'énumérer, il s'agit de déterminer la règle applicable à la collision de différents droits locaux. J'ai posé plus haut (§ 360) le principe qui mène à la solution du problème : le droit local applicable dans tous les cas de collision est celui du lieu où l'on a reconnu le siége du rapport de droit, qu'il faut soigneusement distinguer du domicile de la personne. Voici maintenant les rapports de fait qui *peuvent* servir à déterminer le siége du rapport de droit, et entre lesquels il s'agit de choisir pour chaque espèce :

Le domicile d'une des personnes que concerne le rapport de droit ;

Le lieu de la situation d'une chose qui fait l'objet du rapport de droit ;

Le lieu d'un acte juridique fait ou à faire ;

Le lieu du tribunal appelé à connaître du rapport de droit.

A diverses époques on a essayé de trouver une règle applicable à tous les cas possibles de collision. Je vais énumérer les principales tentatives de ce genre. Pour apprécier leur mérite, il nous suffira de les rapprocher du principe fondamental, et de voir si réellement elles nous donnent des signes certains pour reconnaître le siége de tout rapport de droit. Mais on peut dire par avance que le succès de semblables tentatives est peu probable; car les rapports de droit dont il faut déterminer le siége ont une nature si variée, qu'il semble bien difficile de les ramener à une règle générale et absolue.

1) La distinction des *Statuta personalia*, *realia*, *mixta* (*b*).

Cette distinction se trouve déjà à l'état d'ébauche dans Bartole (*c*), et elle n'apparaît plus complétement développée que vers la fin du seizième siècle (*d*).

Les statuts personnels sont les lois qui ont surtout pour objet (*principaliter*) la personne et son état, lors même qu'elles contiendraient

(*b*) J'ai déjà touché ce sujet à la fin du § 345 et § 347. Il est traité avec détails dans Wächter, I, p. 256-261, p. 270-311. Voy. aussi Fœlix, § 19 sq.; Story, § 12 sq.

(*c*) Bartolus in. L. 1, C., de summa trin. Le texte principal est cité dans Wächter, I, 272-274.

(*d*) Argentarius, num. 5, 6, 7, 8. Le sujet est résumé avec concision et clarté dans J. Voet, § 2-4.

des dispositions accessoires relatives aux biens.

On appelle statuts réels les lois qui traitent *principaliter* des choses (c'est-à-dire des immeubles), bien que les personnes puissent s'y trouver mentionnées secondairement.

Les statuts mixtes sont, suivant quelques auteurs (*e*), les lois qui ne se rapportent ni aux personnes ni aux choses, mais aux actes; suivant d'autres auteurs, ce sont les lois qui se rapportent en même temps aux personnes et aux choses. Ces deux définitions en apparence contradictoires rentrent néanmoins l'une dans l'autre.

Voici maintenant le sens pratique de cette doctrine.

Prenant pour point de départ la question de savoir quelles sont les lois applicables même hors des États où elles ont été rendues, voici comment on y répond. Les statuts personnels s'appliquent à toutes les personnes qui ont leur domicile dans les Etats du législateur, lors même que ces personnes comparaissent devant un juge étranger. Les statuts réels s'appliquent à tous les immeubles situés dans les États du législateur, quel que soit le juge appelé à prononcer, national ou étranger. Enfin les statuts mixtes s'appliquent à tous les actes passés dans les États du lé-

(*e*) Quelquefois même on les restreint à la forme des actes, J. Voet, § 4.

gislateur, quel que soit le pays où intervient la décision. — Tel est l'ensemble du système ; mais dans les détails nous trouvons une grande divergence d'opinions ; car on n'est d'accord ni sur les limites de ses diverses parties, ni sur ses applications pratiques.

On ne saurait rejeter cette théorie comme complétement fausse ; car elle est susceptible des interprétations et des applications les plus diverses, parmi lesquelles peuvent s'en rencontrer de tout à fait justes. Mais comme elle n'est nullement complète et prête à une foule d'équivoques, nous ne pouvons la prendre pour base de la recherche qui nous occupe.

Quelques auteurs modernes ont prétendu que cette doctrine était définitivement acceptée comme droit coutumier général (*f*). Cette assertion n'est nullement prouvée, et même elle ne saurait être vraie, car les opinions des auteurs, avec lesquelles les décisions des tribunaux s'accordent plus ou moins, sont beaucoup trop divergentes pour être invoquées comme témoignages de l'existence de la coutume. Il y a néanmoins dans cette assertion un élément de vérité : jusque dans les derniers temps, presque tous les auteurs qui ont traité notre sujet ont employé les expressions techniques de statuts personnels, réels et mixtes ;

(*f*) Thibaut, Pandekten, § 38 ; Kierulff, p. 75-82.

mais comme ils rattachent à ces expressions des règles et des idées toutes différentes, l'élément de vérité se réduit à bien peu de chose.

On a coutume d'établir une relation entre cette matière et la distinction rigoureuse des immeubles et des autres biens dont j'ai parlé plus haut (§ 360, n. 3) : ainsi les partisans de cette distinction attachent une grande importance à la notion des statuts réels, tandis que pour les adversaires elle a beaucoup moins d'intérêt.

2) En règle générale tout rapport de droit se juge, s'il y a doute, d'après le droit local du domicile de la personne que concerne le rapport de droit. Ainsi donc cela doit avoir lieu dans tous les cas où l'on ne peut établir une exception spéciale (*g*).

Au premier abord cette règle semble rentrer dans ce principe généralement admis, et admis aussi par moi, que le domicile est le lien qui rattache la personne à un droit déterminé (§ 359, *a*). Mais quand on examine la chose de plus près, on voit que le droit établi pour la personne elle-même ne l'est nullement pour les divers rap-

(*g*) Eichhorn, Deutsches Recht; § 34 ; Göschen, Vorlesungen, vol. I, p. 111 ; Puchta, Pandekten, § 113, et Vorlesungen über die Pandekten, § 113 (Puchta n'admet ce principe que quand il s'agit de la collision des droits territoriaux d'un même État). — Wächter, II, p. 9-12, se déclare contre ce principe.

ports de droit où peut figurer cette personne, et entrer ainsi en contact avec les droits les plus divers (§ 360). Le droit local de la personne peut être en même temps applicable à un rapport de droit où elle figure, et ainsi la règle se trouve juste dans un grand nombre de cas particuliers. Mais cette concordance est purement accidentelle, la règle n'a en soi aucun titre à une application générale embrassant tous les rapports de droit; et pour chacun d'eux nous devons rechercher, libres de toute préoccupation, le domaine spécial de droit auquel il appartient.

A ces considérations s'ajoute une circonstance importante. La plupart des rapports de droit ne concernent pas une seule personne, mais plusieurs personnes en même temps. Dans tous ces cas, notre règle ne nous donne aucune décision; car elle ne nous indique aucun moyen pour reconnaître entre les diverses personnes que concerne le rapport de droit, celle dont le domicile doit déterminer l'application de son droit local.

Enfin, nous avons à critiquer la forme même sous laquelle se présente cette prétendue règle. Elle embrasse, dit-on, tous les cas où il n'est pas complétement établi qu'un autre droit local doit être appliqué (*h*). Ainsi l'on décide d'avance

(*h*) C'est ainsi notamment que l'entend Puchta, Pandekten, § 113, note *b*.

que la règle embrasse les cas nombreux où l'on allègue pour l'une ou l'autre opinion des arguments plausibles, des autorités graves, la jurisprudence des tribunaux. Tel est à peu près le système de la procédure civile, où celui auquel incombe l'obligation de fournir une preuve perd son procès, s'il ne la fournit pas. Je ne saurais approuver une semblable méthode. Nous devons, au contraire, établir pour chaque rapport de droit le domaine auquel il appartient de sa nature : cette recherche doit être tout à fait indépendante, et elle n'admet aucune espèce de présomption générale. Au reste, cette critique s'adresse autant à la doctrine que je combats ici qu'à celle dont je vais parler.

3) Tout rapport de droit doit se juger d'après le lieu du tribunal, c'est-à-dire d'après la loi du pays auquel appartient le juge appelé à prononcer. Du reste, on applique seulement ce principe à la collision des droits de différents États, et non à celle des droits particuliers d'un même État (*i*). Mais si la vérité de ce principe était démontrée, on pourrait très-bien en faire l'application à cette dernière espèce de collisions.

(*i*) Wächter, I, p. 261-270 (qui parle exclusivement des lois d'États différents); Puchta, Pandekten, § 113; Vorlesungen, § 113. — Cette opinion est combattue par Schäffner, § 24-29. Kori, Archiv., vol. XXVII, p. 312.

Ce qui donne à ce principe une apparence de vérité, c'est que le législateur exerce dans ses Etats une domination exclusive, et dans leurs limites n'est tenu d'admettre le mélange d'aucun droit étranger : ou bien, en exprimant la même chose sous une autre forme, c'est que le juge n'a mission que d'appliquer les lois de son pays (*k*). L'argument serait décisif si le point de vue dominant des législateurs modernes était le maintien jaloux de leur propre autorité. Mais cela ne s'entend certainement pas de soi-même ; et alors s'élève la question de savoir si la législation de notre pays, par son esprit et par sa tendance, exclut absolument l'application d'une loi etrangère aux rapports de droit qui se trouvent en contact avec différents droits (*l*). Voilà ce qu'un auteur moderne a fort bien exprimé. Nous admettons, dit-il, que la mission du juge est d'appliquer les lois de son pays, mais il ne doit certainement les appliquer qu'aux personnes et aux cas pour lesquels elles ont été faites. Or, toute la difficulté est de savoir si le législateur a voulu que ses lois fussent appliquées à des rapports de droit équi-

(*k*) Ce principe semble aussi se rattacher à l'affinité établie plus haut (§ 360) entre la juridiction et le droit local. Seulement les partisans du principe ont tort de faire de cette affinité une identité réelle.

(*l*) Le défenseur du principe que j'examine ici admet ce point de vue comme vrai. Wächter, I, p. 262-265.

voques en eux-mêmes, et qui donnent lieu à une collision de droits locaux (*m*).

Si maintenant on examine sans prévention la question posée en ces termes, on se convaincra que le point de vue dominant de la législation et de la pratique modernes n'est nullement le maintien jaloux de leur autorité exclusive ; mais qu'au contraire il existe une tendance à une communauté de droit véritable, c'est-à-dire à juger les cas de collision d'après la nature intime et les nécessités de chaque rapport de droit, sans égard aux limites des différents États et de leurs lois (§ 348).

Si donc nous reconnaissons que la législation et la pratique modernes tendent par leur développement à des retranchements mutuels, nous ne saurions admettre qu'un juge doive prononcer selon les lois de son pays toutes les fois que se présente à lui un cas de collision. Cette règle mettrait obstacle à l'accord sur la décision des cas de collision dans les différents États, accord si désirable et qui peut se réaliser en partie. Dès lors, dans l'hypothèse d'une loi commune à tous les États sur la collision des droits locaux, cette règle ne saurait y être admise (§ 360, p. 115).

Voici en outre une grave objection à l'application de cette règle. Dans beaucoup de cas de

(*m*) Thöl, Handelsrecht, vol. I, p. 28.

collision les tribunaux de différents lieux se trouvent également compétents, et le demandeur est libre de saisir celui qu'il lui plaît. De là il résulterait que le droit local applicable à chaque affaire dépendrait non pas seulement de circonstances purement accidentelles, mais même de la volonté arbitraire d'une seule des parties. Or, un principe dont l'application mène à de semblables conséquences ne peut être accepté comme vrai. Pour apprécier la rigueur et l'arbitraire qui pourraient en résulter, il suffit de reporter sa pensée au pays où le *landsassiat** règne dans toute son extension (*n*).

Je terminerai en reconnaissant l'élément de vérité contenu dans la doctrine que je combats, d'autant plus que cela contribuera peut-être à faire cesser les divergences d'opinions.

A) Quand un juge trouve la question de collision tranchée par une loi de son pays, il doit

* On appelle ainsi une institution particulière à certains pays, d'après laquelle l'acquéreur d'un immeuble devient personnellement soumis aux lois et à la juridiction du pays. (*Note du traducteur.*)

(*n*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 75. — On invoque encore, comme objection spéciale contre le principe ici en discussion, la circonstance que, dans le ressort du tribunal appelé à prononcer, plusieurs droits locaux peuvent exister, et que d'après ce principe l'on ne décide pas lequel doit être appliqué. Seuffert, Archiv für Entscheidung der obersten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten, vol. II, num. 4.

s'y soumettre absolument, lors même qu'elle serait en contradiction avec ses idées théoriques individuelles (§ 347-348). — Mais l'application de cette règle ne nous donne presque aucun résultat, car les lois rendues sur des cas de collision ne sont, pour la plupart, que l'expression d'une théorie incomplète et insuffisante.

B) Un juge ne doit jamais appliquer un droit local étranger, quand cette application ne rentre pas dans les limites posées plus haut (§ 349) pour la communauté du droit entre États indépendants. Les conséquences les plus importantes de cette règle seront énumérées plus bas (§ 365), et alors on verra que la différence pratique entre la doctrine que je soutiens et celle que je combats est en réalité moins grande qu'elle ne semble au premier abord.

C) Le juge doit toujours appliquer le droit de son pays quand il s'agit moins du fond du droit que de sa poursuite devant les tribunaux, ce qui comprend non-seulement les formes et les règles de la procédure proprement dite, mais encore une partie des règles du droit des actions. Mais comme ici la ligne de démarcation est souvent très-difficile à établir, on doit user des plus grandes précautions, et ne jamais perdre de vue la nature véritable et la destination des diverses institutions de droit. Plus d'une règle qui semble appar-

tenir à la procédure concerne réellement le rapport de droit lui-même.

4) Tout rapport de droit doit être jugé d'après le droit local du lieu où il a pris naissance (*o*).

D'abord cette règle est arbitraire, car le lieu où un rapport de droit prend naissance ne peut seul, et indépendamment de toute autre considération, déterminer le droit local applicable : ensuite, bien qu'elle paraisse atteindre le fond des choses, elle est purement de forme. En effet, le lieu où le rapport de droit prend naissance, juridiquement parlant, ne nous est révélé que par une étude approfondie de la nature individuelle de chaque rapport de droit, et la question de lieu ainsi posée, loin de nous aider dans cette recherche, ne peut que nous gêner.

5) On doit toujours appliquer le droit local qui maintient les droits bien acquis (*p*).

Ce n'est là qu'une pétition de principe; car, pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir d'après quel droit local nous devons juger de leur acquisition.

Je dois enfin mentionner dans cette revue générale les codes faits de nos jours pour plusieurs grands États de l'Europe.

(*o*) Schäffner, p. 32. — Voy. pour l'opinion contraire Wächter, II, p. 32.

(*p*) Voy. sur ce principe Wächter, II, p. 1-9.

Le code prussien (*q*) admet positivement l'egalité du droit pour les nationaux et les étrangers (*r*); et quand il fait des exceptions à ce principe, ce n'est nullement afin de soumettre les étrangers à l'empire exclusif du droit prussien, mais plutôt dans l'intention bienveillante de protéger certains actes juridiques contre les nullités qui pourraient résulter de la collision de droits locaux (*s*). — La doctrine alors dominante des statuts personnels et réels a exercé une influence évidente sur la rédaction de ces textes du code (*t*), et c'est surtout à l'imperfection de cette doctrine qu'il faut attribuer les doutes et les difficultés qui se sont élevées récemment sur une des applications les plus importantes; j'en parlerai plus bas (§ 378), à propos du droit de succession.

Le code français ne renferme qu'un petit nombre de dispositions spéciales sur les questions de collision. Néanmoins l'égalité des nationaux et des étrangers, quant à la jouissance et à la capacité des droits civils, s'y retrouve évidemment (*u*).

Le code autrichien se rapproche du code prus-

(*q*) Voy. A. L. R. Einleitung, § 23-35.

(*r*) A. L. R. Einleitung, § 34 rapproché du § 23.

(*s*) A. L. R. Einleitung, § 27-35.

(*t*) Bornemann, Preusz. Recht, 2e éd., vol. I, p. 52; Koch, Preusz. Recht, vol. I, p. 129.

(*u*) Code civil, art. 3, 11-13. Voy. § 358, notes *d-h*.

sien (*v*). Comme lui il admet l'égalité du droit pour les nationaux et les étrangers, et comme lui il prend des précautions bienveillantes pour le maintien des actes juridiques (*w*).

§ CCCLXII. I. *État de la personne en soi (capacité du droit et capacité d'agir).*

Si l'on demande quel est le droit applicable aux différents états de la personne qui déterminent la capacité du droit et la capacité d'agir, on répond : C'est purement et simplement le droit local auquel cette personne est soumise par le fait de son domicile (§ 359).

Ce principe a rencontré, il est vrai, quelques contradicteurs (*a*); mais ses partisans sont tellement nombreux qu'on peut le regarder comme sanctionné par l'opinion générale, et comme appartenant au droit coutumier de l'Allemagne (*b*). Telle est aussi la signification propre des statuts personnels, auxquels on a, pendant un temps, attaché une si grande importance (§ 361, num. 1).

Il ne faudrait pas néanmoins s'exagérer la va-

(*v*) Oesterreich. Gesetzbuch, § 4; § 33-37.

(*w*) Ibid., § 33, 34, 35.

(*a*) Voy. par exemple dans J. Voet, § 7. D'autres adversaires sont cités dans Wächter, II, p. 162-163, et dans Fœlix, p. 121.

(*b*) Wächter, II, p. 162, 163, 175, 177.

leur de cet assentiment général, car il n'est en grande partie qu'apparent. En effet, on a proposé anciennement une distinction qui a été reproduite récemment et soutenue avec beaucoup de chaleur (*c*). Il faut distinguer, dit-on, les qualifications juridiques de la personne en soi et les effets juridiques de ces qualifications, c'est-à-dire les droits et les incapacités qui en résultent pour la personne. Les qualifications elles-mêmes se jugent d'après le droit local du domicile ; les effets juridiques de ces qualifications se jugent, non d'après le droit du domicile, mais d'après un autre droit local : nous verrons plus tard quel est ce droit. Ainsi donc les partisans de cette distinction n'acceptent que pour les qualifications elles-mêmes la doctrine généralement adoptée, et le droit coutumier qui s'y rattache.

Le sens de cette distinction ressort avec évidence des applications suivantes. Parmi les qualifications elles-mêmes se rangent l'état du pupille, de l'impubère, du mineur, du prodigue, de la femme, des époux, des enfants légitimes ou naturels, etc. La question de savoir si un individu est mineur, c'est-à-dire quel est le terme de la minorité, se juge d'après le droit du domicile. Au

(*c*) Hert, § 5, 8, 11, 22 ; Meier, p. 14 ; Mittermaier, Deutsches Recht, § 30, p. 118, 7e éd.; mais surtout Wächter, II, p. 163, p. 175-184.

contraire, les droits et les incapacités du mineur rentrent dans les effets juridiques de son état, et, suivant les partisans de cette distinction, ne se jugent pas d'après le droit du domicile.

Dans tous les temps un grand nombre d'auteurs, n'admettant pas de distinction entre les qualifications et leurs conséquences juridiques, ont enseigné que les unes et les autres se jugent d'après le droit déterminé par le domicile de la personne (*d*). Je me joins à eux pour rejeter absolument la distinction proposée; je la regarde comme arbitraire et inconséquente, et ne répondant à rien de réel. Quand on examine attentivement le fond des choses, voici à quoi se réduisent toutes les distinctions : plusieurs états de la personne sont désignés par un nom spécial, d'autres ne le sont pas. Une circonstance aussi accidentelle et aussi indifférente ne saurait motiver l'application de droits locaux divers.

Nous appelons majeur celui qui possède la plénitude de la capacité d'agir conférée par l'âge; c'est donc là un nom imposé à certaines conséquences juridiques, contrastant avec les incapacités antérieures de la minorité. De même nous

(*d*) Argentræus, n. 47, 48, 49; Rodenburg, t. I, c. III § 4-10; Boullenois, t. I, p. 145-198; Huber, § 12; Fœlix, p. 126 (application aux femmes mariées et à la tutelle du sexe). Beaucoup d'autres partisans de cette opinion sont cités dans Wächter, II, p. 167.

appelons mineur celui qui ne possède pas encore la capacité complète d'agir; c'est un nom qui exprime la négation de la capacité complète. Si maintenant une loi établit différents degrés de capacité pour les mineur, sans donner à ces degrés des noms spéciaux, il n'y a certainement là aucun motif pour ne pas juger d'après le droit du domicile ces divers degrés de capacité, de même que l'acquisition de la capacité complète. L'exemple suivant mettra cette vérité dans tout son jour. Les partisans de la distinction admettent qu'un Français âgé de vingt et un ans est majeur et complétement capable d'agir même en Prusse, où la majorité ne commence qu'à vingt-quatre ans, et dans les États régis par le droit romain, où elle ne commence qu'à vingt-cinq ans; car l'article 488 du code français lui confère le titre de majeur, et c'est là une qualification en soi qui se juge d'après le droit du domicile. Mais le même code accorde aux mineurs âgés de quinze ans, de seize ans et de dix-huit ans, certaines capacités restreintes, sans désigner par des noms particuliers ces différentes classes d'individus (*e*). D'après nos adversaires, ce ne sont pas là des qualifications en soi, mais des effets juridiques des restrictions imposées à la personne, et auxquelles ne s'applique pas le droit du domicile.

(*e*) Code civil, art. 903, 904, 977, 978.

Voici un autre exemple du même genre. D'après les lois de plusieurs pays, les femmes ont, à raison de leur sexe, un tuteur qui doit les assister dans leurs actes juridiques ; d'après d'autres lois, les femmes mariées ont besoin pour agir de l'autorisation de leur mari. Supposons maintenant un acte juridique fait par une femme en pays étranger : il résulterait de la doctrine de nos adversaires, que l'on devrait juger uniquement d'après le droit du domicile la qualification de la personne en soi, c'est-à-dire si elle est une femme, par opposition à un homme, ou une femme mariée, par opposition à une fille ou a une veuve. Mais l'assistance nécessaire du tuteur, l'autorisation du mari ne devraient pas se juger d'après le droit du domicile, parce que ce sont là des effets juridiques des restrictions imposées à la personne (*f*).

J'arrive maintenant à la question de savoir quel droit local autre que celui du domicile appliquent les partisans de la distinction, quand il s'agit d'apprécier les effets juridiques des qualifications personnelles. Voici les diverses opinions émises sur ce point.

(*f*) C'est ainsi effectivement que l'entend Wächter, II, p. 180; et par là se trouve amené directement à appliquer aux actes des femmes prussiennes en pays étrangers des règles de collision tout autres que celles appliquées en Prusse aux actes des femmes étrangères.

Anciennement on a essayé d'appliquer ici les statuts réels quand il s'agissait de biens immobiliers, de sorte qu'une seule et même personne pouvait avoir pour ses biens situés hors de son pays une capacité d'agir tout autre que pour le reste de ses biens. Cette opinion a trouvé en Allemagne peu d'approbateurs (*g*).

D'autres prétendent que les effets des qualifications personnelles doivent se juger selon le droit du lieu où intervient l'acte juridique (*h*). Des motifs particuliers doivent faire rejeter cette opinion, indépendamment de ceux que j'ai donnés pour la combattre en général. Si celui qui fait un contrat hors de son pays avait une capacité d'agir plus grande dans le lieu de son domicile que dans le lieu du contrat, on ne peut prétendre qu'il ait voulu par là même se soumettre à un droit local qui n'admet pas la validité du contrat. Si, au contraire, le même individu avait une capacité d'agir moindre dans le lieu de son domicile que dans le lieu du contrat, de telle sorte qu'il n'aurait pu contracter valablement à son domicile, la loi qui prohibe ce contrat ne pourrait sans inconséquence le permettre au moyen d'un petit voyage ; et elle doit interdire la soumission à un droit étranger aussi bien que

(*g*) Wächter, II, p. 163-164.

(*h*) Meier, p. 14. L'opinion contraire est soutenue par Mittermaier, Deutsches Recht, § 31, p. 120.

le contrat lui-même, et pour justifier cette interdiction on n'a pas besoin de faire intervenir l'intention d'éluder la loi (*in fraudem legis*).

Le dernier auteur qui ait soutenu la doctrine de la distinction prétend, au contraire, que les effets des qualifications personnelles doivent se juger d'après le droit local du juge appelé à prononcer sur chaque cas particulier (note *c*). A cette opinion j'oppose d'abord les arguments que j'ai produits contre la distinction entre les qualifications personnelles et leurs effets, puis les motifs généraux qui empêchent d'admettre comme règle absolue le droit local du juge appelé à prononcer (§ 361, num. 3); et enfin je rappellerai combien serait dure et tyrannique l'application de cette doctrine dans les pays où le *landsassiat* a toute son extension. Ainsi, quiconque posséderait le moindre immeuble dans un de ces pays pourrait, au gré de son adversaire, se voir soumis, pour le jugement des effets de ses qualifications personnelles, à un droit qui lui est complétement étranger.

Je pense donc que, quand il s'agit des qualifications personnelles, chacun doit toujours être jugé d'après le droit de son domicile, quel que soit le tribunal appelé à prononcer, et quel que soit l'objet du litige, la qualification personnelle, ou ses effets juridiques.

Néanmoins je suis loin de méconnaître les dif-

ficultés pratiques que peut rencontrer l'application de ce principe dans certains cas particuliers. Ainsi, quand il s'agit d'un contrat fait avec un étranger, il est quelquefois très-difficile de connaître avec certitude le droit de son domicile ; mais la distinction que je rejette n'écarte pas toutes ces difficultés, elle ne fait qu'en diminuer le nombre. En pareilles circonstances, il ne nous reste qu'à prendre des informations exactes, indispensables d'ailleurs pour connaître les rapports individuels de l'étranger, et qui sont tout à fait indépendantes du droit local étranger. Celui qui en cette matière voudrait encore d'autres secours et plus de certitude ne peut les attendre que des lois positives. Je vais montrer tout à l'heure ce que les lois modernes ont fait à cet égard, et indiquer ce que l'on pourrait faire.

§ CCCLXIII. *État de la personne en soi* (*capacité du droit et capacité d'agir*) (Suite).

Je vais résumer ce que l'on trouve sur la question qui nous occupe, dans les principales législations modernes.

I) Le code prussien commence par poser le principe suivant : « Les qualifications personnelles et les droits de chacun se jugent d'après les lois du tribunal dans le ressort duquel il

a son domicile (*a*). » Cette disposition concerne les sujets prussiens, et elle ne distingue pas s'ils exercent leurs droits (parmi lesquels figure en première ligne la capacité d'agir) dans le lieu de leur domicile, soit dans une autre province de la Prusse où ces droits peuvent être réglés par un autre droit local, soit enfin en pays étranger.

Voici maintenant ce qui concerne les étrangers : « Les sujets des États étrangers qui résident ou font des affaires en Prusse doivent être également jugés d'après les dispositions précédentes » (*b*).

Jusqu'ici tout cela s'accorde avec les principes que j'ai établis plus haut. Parité complète entre les nationaux et les étrangers, jugement de l'état personnel, de la capacité d'agir d'après le droit local du domicile de la personne, que ce droit soit un droit national ou un droit étranger.

Maintenant nous avons à résoudre les deux questions déjà posées par le droit commun. Premièrement : doit-on juger d'après le droit du domicile les qualifications personnelles seulement, ou bien aussi leurs effets juridiques (§ 362)? Si le § 23 eût dit simplement : « Les qualifications personnelles, » on pourrait lui attribuer la

(*a*) A. L. R. Einl., § 23. Les développements de ce principe se trouvent § 24-27.

(*b*) A. L. R. Einl., § 34.

premières signification, la signification restrictive; mais comme il ajoute : « et les droits, » il s'applique également aux effets juridiques des qualifications, et ainsi il faut entendre : « On doit déterminer d'après le droit du domicile de chacun, non-seulement s'il est ou non mineur, mais en outre quelle est, comme mineur, sa capacité et son incapacité. S'il restait encore des doutes sur la vérité de cette interprétation, ils seraient levés par d'autres textes de la loi qui appellent capacité d'agir (*c*) l'objet à déterminer d'après le droit du domicile, et cela non comme une disposition nouvelle, mais comme la reproduction, en termes équivalents, de la disposition précédente. Il est donc certain que le code prussien range la capacité d'agir parmi les qualifications personnelles et les droits de chacun, et qu'ainsi il subordonne au droit du domicile, non-seulement les qualifications, mais encore leurs effets juridiques.

Secondement, nous avons signalé plus haut la difficulté pratique que peut nous présenter un contrat fait avec un étranger; car peut-être nous ignorons quel est le droit en vigueur au domicile de cet étranger (§ 362). Le code prussien écarte cette difficulté en disant que la capacité d'agir de l'étranger sera jugée d'après la loi la

(*c*) A. L. R. Einl., § 27-35.

plus favorable au maintien du contrat, c'est-à-dire d'après la plus facile, pourvu néanmoins que les objets formant la matière du contrat se trouvent en Prusse (*d*). Ainsi donc un contrat fait à Berlin par un Français âgé de plus de vingt et un ans est valable d'après la loi française, qui fixe à vingt et un ans l'époque de la majorité. De même, un contrat fait par un habitant d'un pays régi par droit romain, âgé de plus de vingt-quatre ans, est valable d'après la loi prussienne, qui fixe la majorité à vingt-quatre ans. La première de ces dispositions est conforme au principe général; la seconde est toute positive, et a pour but de protéger les nationaux contre les conséquences d'une erreur excusable, peut-être même contre la mauvaise foi de l'adversaire. Une disposition semblable pourrait être admise dans les lois de tous les peuples, et elle ne porterait aucune atteinte à cette communauté de droit si désirable pour le jugement des cas de collision.

II) Le code civil autrichien (1811) ne ren-

(*d*) A. L. R., § 35 : « Néanmoins l'étranger qui fait en Prusse un acte relatif à des biens situés dans le royaume, doit être, quant à sa capacité d'agir, jugé d'après les lois les plus favorables à la validité de l'acte. » Le § 26 renferme une disposition semblable, mais beaucoup moins importante. Ces deux textes ne se trouvaient pas dans le projet, et ils ont été ajoutés plus tard, pour prévenir la difficulté pratique mentionnée plus haut. — Bornemann, Preusz. Recht, vol. I, p. 53, note *l*.

ferme sur le sujet qui nous occupe que deux dispositions ; et elles sont en harmonie avec les principes que j'ai posés plus haut.

Les sujets autrichiens, même pour les actes qu'ils font en pays étrangers, demeurent soumis au code, c'est-à-dire aux lois de leur domicile, « en tant que ces lois restreignent leur capacité personnelle relativement à ces actes (*e*). »

De même quant aux étrangers : « La capacité des étrangers de faire des actes juridiques se juge d'après les lois du lieu auxquelles ils sont soumis en conséquence de leur domicile (*f*). »

Ces deux textes, quelle que soit la généralité de leurs expressions, prouvent évidemment que l'état personnel des nationaux et des étrangers est régi par le même principe, c'est-à-dire qu'il se juge d'après le droit local du domicile ; en suite, que le principe s'applique non-seulement aux qualifications personnelles (par exemple, à la question de savoir si quelqu'un est ou non mineur), mais encore aux effets juridiques de ces qualifications ; car ces deux textes disent formellement : « La capacité personnelle de les faire (les actes juridiques). » — « La capacité personnelle de faire des actes juridiques. »

D'un autre côté, le code autrichien ne prévoit

(*e*) Oesterr. Gesetzbuch, § 4.
(*f*) Ibid., § 34.

pas le cas où le droit auquel est soumis l'étranger nous serait inconnu (*g*).

III) Le code civil français ne renferme sur notre question qu'un texte fort court : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étrangers (*h*). » Mais il résulte clairement des discussions préparatoires que la capacité personnelle des étrangers se règle d'après leur domicile, c'est-à-dire d'après le droit étranger. Les auteurs sont d'accord sur ce point avec la jurisprudence des tribunaux (*i*).

Au reste, il n'est pas douteux d'après les termes de la loi citée, qu'elle s'applique, non-seulement aux qualifications elles-mêmes (*l'état*), mais encore aux effets juridiques de ces qualifications (*et la capacité*) (*k*). Il n'est pas douteux non plus que tant que la qualité de Français subsiste, cette qualité est seule décisive, lors même que la personne serait domiciliée hors de France

(*g*) On pourrait vouloir rapporter à cet objet le § 35, en lui attribuant le même sens qu'à la disposition du droit prussien citée plus haut (note *d*). Mais, quand on rapproche sans prévention le § 34 des §§ 35-37, on reconnaît que le § 34 se rapporte seul à la capacité personnelle d'agir, et que les trois paragraphes suivants ont trait à la nature objective et à la validité des actes juridiques.

(*h*) Code civil, art. 3.

(*i*) Fœlix, p. 44.

(*k*) Fœlix, p. 126 (Voy. § 362, *d.*)

(*même residant en pays étranger*), de sorte que la loi française n'a pas maintenu dans toute sa rigueur le principe que la capacité du droit et la capacité d'agir ont pour base le domicile (§ 359, *e*).

§ CCCLXIV. 1. *État de la personne en soi* (*capacité du droit et capacité d'agir*) (Suite).

Jusqu'ici nous avons développé ce principe, que l'état de la personne en soi, qui consiste surtout dans la capacité d'agir, se juge d'après le droit du domicile de la personne. Mais souvent ceux qui admettent le principe en général y apportent diverses restrictions, qu'il s'agit maintenant d'examiner, et dont les unes ont le caractère d'exceptions véritables, et les autres ne sont que la reconnaissance de limites naturelles, sur lesquelles on pourrait se méprendre. Nous verrons que de ces restrictions les unes sont réellement fondées, et que les autres doivent être rejetées.

On prétend qu'il faut distinguer deux espèces de capacité et d'incapacité d'agir : l'une générale et l'autre spéciale. La première se rapporte aux actes juridiques de tous genres, et on lui applique le droit du domicile ; la seconde se rapporte à certains actes spécialement déterminés, et on lui applique non pas le droit du domicile, mais le droit du lieu où l'acte juridique intervient. —

Cette distinction est purement arbitraire; car l'incapacité attachée à un état déterminé de la personne a la même nature dans les deux cas, de sorte qu'on ne saurait lui assigner une délimitation rigoureuse ni en faire sûrement l'application (*a*). — Voici quelques cas où cette distinction pourrait être mise en usage.

1) D'après le droit romain, les femmes, par le seul fait de leur sexe, sont incapables de se porter valablement comme cautions (*Sc. Vellejanum*). Maintenant, si une femme se porte comme caution en pays étranger, il s'agit de savoir d'après quel droit local on doit juger de la validité de la caution. D'après la distinction proposée, la caution ne serait pas valable si le lieu du contrat est régi par le droit romain, lors même que le lieu du domicile de la femme serait soumis à un autre droit. D'après les vrais principes, la caution n'est pas valable si le lieu du domicile de la femme est régi par le droit romain, quel que soit d'ailleurs le droit établi dans le lieu du contrat. Si nous voulons employer ici l'expression technique autrefois adoptée généralement, nous dirons : Le *Sc. Vellejanum* est un statut purement personnel (*b*).

(*a*) Cette distinction est également rejetée par Wächter, II, p. 172, et d'après les mêmes motifs.

(*b*) Cette expression est effectivement employée par les auteurs suivants, qui soutiennent contre les adversaires la même

2) En droit romain toute personne placée sous la puissance paternelle est incapable d'emprunter valablement de l'argent, sans l'assentiment du père (*Sc. Macedonianum*). Cette prescription a tout à fait la même nature que celle sur la caution des femmes, c'est un statut purement personnel. La validité du prêt dépendra donc de la question de savoir si le *Sc. Macedonianum* est le droit en vigueur au domicile de l'emprunteur. Le droit du lieu où se fait le contrat n'a ici aucune influence.

3) L'application la plus importante et la plus difficile de cette distinction est celle relative à la lettre de change. En effet, il n'existe sur aucun acte autant de droits locaux différents que sur la capacité personnelle de tirer une lettre de change, et il n'y a pas d'acte juridique dont les effets soient aussi étendus. Pour le droit commun, voici comment la chose se présente : les partisans de la distinction doivent déterminer la capacité générale du tireur (par exemple la majorité) d'après le droit du domicile, sa capacité spéciale d'après le droit du lieu où la lettre de change est tirée (*c*). Selon les

opinion que moi : Boullenois, t. I, p. 187 ; Chabot de l'Allier, Questions transitoires, Paris, 1809, t. II, p. 352.

(*c*) Schäffner, p. 120, est ici d'une opinion différente. Suivant lui, le tireur d'une lettre de change doit avoir capacité pour le faire : 1° dans le lieu où la lettre de change est tirée,

vrais principes, le droit du domicile est seul décisif.

La nature toute spéciale de la lettre de change justifierait l'intervention d'une législation positive; car pour l'acquéreur d'une lettre de change il est souvent difficile, même impossible, de connaître les lois qui existent sur la capacité de tirer une lettre de change dans le domicile de tous ceux qui sont parties au contrat, le tireur, les endosseurs, les accepteurs, de même que leur domicile (*d*). A la vérité, la difficulté est moins grande dans la vie réelle qu'elle ne le semble au premier abord. L'homme prudent qui accepte une lettre de change (*e*) ayant circulé dans plusieurs parties du monde et revêtue de nombreuses signatures, ne fait attention qu'à un petit nombre d'entre elles, qu'il sait par expérience être sûres, et les autres lui sont indifférentes. — Pour toute l'Allemagne la difficulté se trouve singulièrement diminuée par la loi sur les lettres de

2° dans le lieu de son domicile, s'il doit y être actionné, parce que autrement une loi absolue mettrait obstacle à l'action. Son erreur vient de ce qu'il a mal entendu les prescriptions du droit prussien, dont je parlerai tout à l'heure.

(*d*) Tel est le motif d'une disposition exceptionnelle du droit prussien touchant la capacité d'agir en vue de faciliter le droit de change. (Voy. plus bas notes *l*, *m*).

(*e*) Quand il s'agit d'un billet à ordre, la grande simplicité de cet acte nous rend moins difficile la détermination de la capacité d'agir.

change du 27 novembre 1848 (*f*), qui par son article 1er déclare capable de tirer une lettre de change quiconque est capable de contracter, et abolit ainsi toutes les restrictions mises auparavant à cette capacité spéciale (*g*). Quant aux étrangers, cette loi admet le principe que la capacité personnelle de l'obligé se règle d'après le droit de son domicile ; mais, par une disposition très-équitable et destinée à faciliter la pratique, elle ajoute que quiconque en pays étranger intervient dans un contrat de change est réputé capable de s'obliger, si le droit de ce pays le reconnaît comme tel (art. 84).

Au reste, on ne doit nullement comparer le cas où le débiteur d'une lettre de change est, selon le droit de son domicile, incapable de cette espèce de contrat, avec le cas où l'institution de la lettre de change est inconnue soit dans le lieu du domicile, soit dans le lieu du contrat. En pareil cas, le tireur, l'endosseur, l'accepteur sont obligés valablement, pourvu qu'ils aient en général la capacité d'agir. Sans doute, on ne pourra pas

(*f*) Voy. la Preusz. Gesetzsammlung, 1849, p. 51. La loi est exécutoire en Prusse depuis le 1er février 1849.

(*g*) L'article 3 dit expressément que toute signature qui figure sur une lettre de change a force obligatoire en soi indépendamment de la validité des autres signatures, disposition surtout importante pour la capacité personnelle du droit de change.

Digitized by Google

exercer l'action résultant de la lettre de change dans un pays où la lettre de change n'est pas connue; car en cette matière tout dépend du droit local de la procédure. L'obligation personnelle constituée par la lettre de change subsiste toujours, lors même que l'on ne pourrait exercer au domicile du tireur les poursuites spéciales à la lettre de change.

Nous avons ici à entrer dans quelques détails sur la législation prussienne. Si nous appliquons rigoureusement à la capacité du contrat de change les règles générales du code prussien sur la capacité personnelle d'agir (§ 363, n. I), nous aurons les résultats suivants. Pour le sujet prussien la capacité d'agir se juge d'après le droit prussien, le droit de son domicile, quel que soit le lieu du contrat, la Prusse ou un autre pays. L'étranger qui fait en Prusse une lettre de change est jugé d'après le droit de sa nation ou d'après le droit prussien, selon que l'un ou l'autre est plus favorable au maintien du contrat (§ 363, *d*). — Le législateur ne s'est pas tenu à cette application pure et simple des principes généraux, mais il ne s'en est pas beaucoup écarté. Ces déviations s'expliquent par la nature toute spéciale du contrat de change et par les restrictions particulières qu'il a cru devoir apporter à la capacité en cette matière, et qui ne se retrouvent dans aucune autre législation. Les voici telles qu'elles

ont subsisté jusque dans ces derniers temps.

Peuvent seuls faire des lettres de change, ceux qui ont les droits des marchands, les possesseurs de biens de chevaliers, les fermiers des domaines, et ceux à qui cette capacité a été accordée spécialement par leur juge personnel. Pour quiconque n'appartient pas à l'une de ces classes, c'est-à-dire pour l'immense majorité des Prussiens, la lettre de change est interdite (*h*). Une disposition législative ajoutait encore à la difficulté de reconnaître ces qualifications : Partout où il y avait des corporations de marchands, les membres de ces corporations avaient seuls les droits des marchands, et par conséquent la capacité du contrat de change (*i*). Ces restrictions avaient sans doute pour but d'accorder une protection tutélaire à ceux qui auraient pu s'endetter légèrement. La lettre de change, vu l'exécution rigoureuse qui l'accompagne, semblait un instrument dangereux de crédit, et l'on voulait en ré-

(*h*) A. L. R., II, 8, § 715-747.

(*i*) A. L. R., II, 8, § 480. Cette disposition fut abolie par la loi sur les métiers du 7 septembre 1811, qui accorde tous les droits des marchands à tous les patentés ; mais elle fut rétablie pour toutes les villes qui reçurent des statuts spéciaux aux commerçants, telles que Berlin, Stettin, Dantzig, Königsberg, Magdebourg, etc. Voy. Erganzungen des A. L. R. von Gräff, Koch, Rönne, Simon Wentzel (souvent appelé le Fünfmännerbuch), vol. IV, p. 758-760, 2e éd.

server l'usage à ceux qui par leur profession en avaient impérieusement besoin (*k*).

Je passe aux dispositions sur le droit local applicable à l'appréciation de la capacité du contrat de change. Je commence par les nationaux. Quand ils font des lettres de change en Prusse, ils sont naturellement soumis aux restrictions du droit prussien. S'ils font des lettres de change en pays étrangers, selon le principe général ils devraient être jugés d'après le droit de leur domicile, c'est-à-dire d'après la loi prussienne et les restrictions qu'elle rétablit. Néanmoins il n'en est pas ainsi. Leur capacité se juge d'après le droit du lieu où la lettre de change a été faite (*l*),

(*k*) Koch, Preusz. Recht, vol. I, § 415; vol. II, § 617, n. 2-3, sépare entièrement la capacité générale d'agir, de la capacité du contrat de change, le droit prussien faisant, suivant lui, de cette dernière capacité un privilége pour les commerçants. Ce point de vue me semble forcé, et il n'explique nullement les prescriptions spéciales sur le droit local en matière de lettres de change (Voy. plus bas, note *q*.)

(*l*) A. L. R., II, 8, § 936 : « Les contrats de change faits hors du royaume se jugent suivant les lois du pays où ils ont été passés. » Ce texte pris en lui-même pourrait très-bien ne s'appliquer qu'aux formes du contrat de change, etc., et non à la capacité des parties. Mais la preuve évidente qu'il s'applique aussi à la capacité résulte du contrat exprimé § 938 : « *Mais* si un Prussien a fait un contrat de change *avec un autre Prussien n'ayant pas la capacité de faire un pareil acte, ce contrat doit être jugé comme s'il eût été passé dans le royaume.* »

et par exception seulement, d'après le droit prussien, quand les deux parties contractantes sont des sujets prussiens (*m*).

Maintenant comment expliquer que le code s'écarte ici du principe général posé par le § 23 de l'introduction (§ 363, *a*), et ne le maintienne que pour le cas exceptionnel où toutes les parties contractantes sont des Prussiens? Le motif de cette déviation est, je crois, le caractère tout spécial de la législation prussienne sur la capacité en cette matière. Quand un Berlinois fait à Paris une lettre de change à un Français, il serait très-injuste d'exiger que ce Français, pour s'assurer de la valeur de son titre de créance à Berlin, connût non-seulement les lois prussiennes, ce qui n'est pas impossible, mais en outre connût si le souscripteur de la lettre de change est membre de la corporation des marchands de Berlin, ou possesseur de biens de chevaliers, ou fermier des domaines; car tout cela n'est certainement pas facile à constater. Mais cette injustice trouverait sa punition immédiate : les Prussiens en

(*m*) A. L. R., II, 8, § 938 (cité note *l*). — Cette interprétation, autrefois controversée, est aujourd'hui généralement admise; elle s'appuie : 1° sur un avis du conseil d'État de 1834; 2° sur une déclaration du tribunal suprême du 21 novembre 1840. Entscheidungen des Obertribunals von Simon, vol. VI, p. 288-300, où l'on trouve, p. 289, un extrait de l'avis du conseil d'État dont je viens de parler.

pays étrangers ne pourraient plus faire de lettres de change, et perdraient ainsi ce moyen de crédit. Il était donc à propos et presque nécessaire d'abandonner en ce cas le principe général (*n*). On devait, au contraire, le maintenir à titre d'exception pour le cas où deux Prussiens feraient un contrat de change en pays étrangers; car autrement il suffirait de passer la frontière pour échapper aux restrictions que le droit prussien apporte à la capacité du contrat de change.

J'ajoute que cette déviation aux principes généraux se rattache par analogie à une autre disposition du code, celle du paragraphe 35 de l'introduction. Ce qu'elle établit pour les étrangers en Prusse se trouve appliqué ici aux Prussiens en pays étrangers; et l'on a vu que pour la lettre de change cela était indispensable. Mais on aurait pu étendre cette prescription à tous les rapports de droit, sans faire violence aux principes.

(*n*) Cette déviation est expliquée autrement dans l'avis du conseil d'État et dans la déclaration du tribunal (note *m*), où l'on pose en principe la distinction des conditions *générales* et des conditions *spéciales* de la capacité du contrat de change, distinction contre laquelle je me suis exprimé au commencement de ce paragraphe. — Koch (note *k*) l'explique encore autrement ; car il représente la capacité exclusive du contrat de change comme un privilége spécial accordé aux commerçants par la loi prussienne, dont par conséquent on ne peut faire l'application en pays étrangers.

Je passe aux dispositions sur la capacité des étrangers qui font des lettres de change en Prusse. Voici le texte de la loi, § 931 : « Les restrictions apportées par le code à la capacité du contrat de change ne s'appliquent pas aux voyageurs étrangers. »

§ 932. Du reste, les contrats de change qu'ils font en Prusse sont jugés d'après les prescriptions des §§ 38 et 39 de l'introduction au code (*o*).

La rédaction peu heureuse du § 931 semble indiquer, et plusieurs auteurs ont cru, en effet, que ce paragraphe déroge aux principes généraux posés dans l'introduction ; mais il n'en est réellement que l'application pure et simple. Ces deux paragraphes ne sont pas indispensables ; et, quand même ils n'existeraient pas, ce qu'ils décident aurait également lieu. Ce que le § 932 dit expressément des conditions objectives de la lettre de change s'applique aussi à la capacité personnelle du contrat de change dont parle le § 931. En effet, le § 931 exprime seulement cette pro-

(*o*) Cette indication est inexacte ; il faut lire : 34, 35. Voy. Ramptz Jahrb. vol XLIII, p. 445 ; Ergänzungen, etc., von Gräff, etc., vol. IV, p. 804. — Du reste, ce n'est pas une faute d'impression ; l'inexactitude vient de ce que l'on a conservé les numéros des paragraphes du *Gesetzbuch* (1792), numéros qui dans le A. L. R. (1794) ont été changés ici et en beaucoup d'autres endroits.

position négative, que les restrictions établies par le droit prussien ne s'étendent pas aux étrangers; mais cela ne veut pas dire que leur capacité du contrat de change soit absolue; ils doivent, au contraire, conformément au § 35 de l'introduction, être jugés en ce qui touche cette capacité, d'après le droit le plus favorable au maintien du contrat (*p*). Cette pensée, qui est celle du législateur, pouvait sans inconvénient être exprimée comme je viens de le faire; car d'avance on était certain qu'aucune loi étrangère ne mettrait à la capacité du contrat de change d'aussi grandes restrictions que la loi prussienne. Dès lors la proposition négative du § 931 était suffisante pour le but pratique : néanmoins une expression plus simple eût été préférable et eût prévenu toute fausse interprétation.

Si donc, comme je le crois, le § 931 ne contient aucune dérogation aux principes généraux, mais, au contraire, n'en est que l'application pure et simple, il ne demande ni explication ni apologie (*q*). Tout au plus pourrait-on demander

(*p*) Voy. Ergänzungen, etc., von Gräff, etc., vol. IV, p. 804. — Ici l'on doit admettre la distinction du § 35 de l'introduction, que pour le contrat de change il n'y a pas lieu d'appliquer la restriction du § 35, d'après laquelle le contrat doit porter sur des biens situés dans le royaume. Cette distinction est conforme à la nature et à l'objet du contrat de change.

(*q*) Le point de vue de Koch (Voy. note *k*) ne me paraît

pourquoi cette protection tutélaire qui garantit la plupart des nationaux contre les dangers et les rigueurs du contrat de change ne s'étend pas aux étrangers? Il nous suffira de répondre qu'en général les mesures protectrices prises par le législateur s'appliquent exclusivement aux nationaux. Si donc un Français, âgé de vingt et un ans, est en Prusse reconnu capable de faire des actes juridiques qui peuvent lui porter préjudice, et qui ne sont permis aux Prussiens qu'à l'âge de vingt-quatre ans, nous devons admettre, pour être conséquents, qu'en Prusse un Français a la capacité de souscrire des lettres de change sans être marchand, possesseur de biens de chevaliers, ou fermier des domaines.

Au reste, tous ces doutes et toutes ces difficultés n'existent plus pour le droit prussien depuis le 1er février 1849, jour où a été mise en vigueur la nouvelle loi allemande sur les lettres de change, loi qui reconnaît capable de souscrire des lettres de change quiconque a en général la capacité de contracter (note *f*).

pas conciliable avec cette disposition. En effet, si l'on admet que le droit prussien ait voulu réserver aux Prussiens commerçants le bénéfice résultant du contrat de change comme privilége exclusif dans le but de favoriser le commerce, il n'aurait pu sans inconséquence accorder aux étrangers même non commerçants la jouissance d'un privilége qu'il aurait refusé aux nationaux autres que les commerçants.

§ CCCLXV. I. *État de la personne en soi* (*capacité du droit et capacité d'agir*) (Suite).

Jusquici nous avons considéré le droit local du domicile comme déterminant en général la capacité d'agir, et même dans des cas où beaucoup d'auteurs soutiennent une opinion contraire (§ 364). Il s'agit maintenant de poser les limites de ce principe, c'est-à-dire d'indiquer les cas où il cesse d'être applicable. Les délimitations que je vais établir pourront me réconcilier avec plusieurs des adversaires que j'ai combattus jusqu'ici, et qui peut-être n'ont rejeté le principe lui-même qu'en considération de ces cas exceptionnels.

Ces cas peuvent se ranger en deux classes.

A) Quand une loi concernant l'état des personnes (la capacité du droit ou la capacité d'agir) est une de ces lois absolues qui, vu leur nature anomale, ne rentrent pas dans les limites de la communauté du droit entre États indépendants, ce n'est plus le droit local de la personne que le juge doit appliquer, mais bien le droit de son propre pays. J'ai posé plus haut (§ 349) ce principe avec ses développements : je n'ai ici qu'à indiquer quelques-unes de ses applications les plus importantes à la matière qui nous occupe (la capacité du droit et la capacité d'agir).

1) Dans les pays où la polygamie est établie,

un homme marié peut contracter plusieurs mariages subséquents ; mais le juge d'un État chrétien refuse à de pareils actes la protection de la loi ; et ainsi il applique à cette espèce de capacité non pas le droit du domicile de la personne, mais celui de son propre pays.

2) Si un individu, privé dans sa patrie de la capacité du droit comme hérétique, acquiert des droits ou fait des actes juridiques dans un pays qui repousse comme immorale cette espèce d'incapacité, ou même a pour religion la doctrine qualifiée ailleurs d'hérésie, le juge de ce pays doit alors appliquer son droit national, et non celui du domicile de cet individu (*a*).

3) Quand les lois d'un pays restreignent la capacité d'acquérir des établissements ecclésiastiques (biens de main morte), les établissements ecclésiastiques des pays étrangers sont atteints par ces restrictions. Réciproquement les établissements ecclésiastiques d'un État où existent ces restrictions n'y sont pas soumis dans les États où ces lois restrictives n'existent pas. Ainsi, dans les deux cas, la capacité d'agir se juge, non d'a-

(*a*) Hert., § 8. note 3. — Il n'en est pas de même de l'incapacité de succéder dont serait frappé un moine étranger. Ce droit de son pays qui appartient à la capacité d'agir ordinaire, et qui repose sur la volonté libre de la personne, doit être observé chez nous. Hert., § 13 ; Bornemann, Preusz. Rech. vol. I, p. 53, note 1.

près le droit du lieu où ces établissements ont leur siége, mais d'après le droit de l'État dont dépend le juge appelé à prononcer.

4) Si la loi d'un pays déclare les juifs incapables d'acquérir des immeubles, cette loi atteint les juifs étrangers aussi bien que les juifs nationaux ; mais ces derniers peuvent acquérir des immeubles dans les États qui ne reconnaissent pas cette loi. Ainsi dans les deux cas le droit local du domicile de la personne reste sans application.

De même une loi française bien connue ne permet aux juifs de quelques départements de l'est (dont une partie a été plus tard réunie à l'Allemagne) d'acquérir des créances, que sous des conditions restrictives très-rigoureuses. Dans ces départements cette loi oblige tous les juifs nationaux ou étrangers (*b*); les juifs nationaux n'y sont pas soumis dans les autres États. Ici donc il n'est nullement question du droit local du domicile.

5) Dans tous les cas que je viens d'énumérer, la loi qu'il s'agit d'appliquer à la capacité du droit ou à la capacité d'agir est une loi d'une nature positive et rigoureusement obligatoire (*c*). Dans

(*b*) Wächter, II, p. 173; Fœlix, p. 147. — Cela s'accorde avec un jugement du tribunal suprême de Munich. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deustchen Staaten, vol. I n. 35.

(*c*) Je n'ai pas besoin de rappeler que le mérite des diffé-

les cas dont je vais parler, l'exception à la règle générale du droit du domicile se fonde sur ce qu'une institution particulière à un État n'est pas reconnue par un autre État.

6) Telle est l'incapacité du droit attachée à la mort civile par le droit français et par le droit russe. Le juge d'un État où l'institution de la mort civile est inconnue n'en fera pas l'application, et ainsi n'aura pas égard au droit du domicile (§ 349, *d*).

7) Il faut en dire autant de l'incapacité du droit d'un nègre esclave, si elle est mise en question dans un État qui ne reconnaît pas l'institution de l'esclavage (§ 349, *e*).

B) Il est des cas où le principe général ne trouve pas d'application, parce qu'ils n'appartiennent ni à la capacité du droit ni à la capacité d'agir; et ainsi, malgré une apparence trompeuse, ils ne rentrent pas dans le sujet qui nous occupe exclusivement. Voici différents cas de ce genre.

1) Dans beaucoup de pays la noblesse a certains droits particuliers relatifs à l'acquisition des immeubles et aux successions. Ces priviléges n'ont avec notre sujet aucune relation intime. La question de savoir s'ils appartiennent exclusivement à la noblesse du pays ou s'ils s'étendent

rentes lois citées ici comme exemple est indifférent à la question qui nous occupe, et qu'ainsi je n'ai pas à le discuter.

à la noblesse étrangère n'a de solution que dans les lois constitutives de ces priviléges, et ne saurait être décidée par aucun principe général de droit (*d*).

2) Les priviléges conférés par différentes lois aux églises, aux cloîtres et au fisc créanciers d'une faillite ont un caractère tout à fait semblable. Notamment en ce qui concerne le fisc, jamais nous ne trouvons la nation abstraite du fisc en général; il n'est toujours question que du fisc du pays. Tous ces droits rentrent dans la théorie de la faillite, et sont hors de notre sujet (*e*).

3) La restitution des mineurs offre plus d'incertitude; car d'abord il s'agit de déterminer exactement le sens que le législateur lui attribue. Dans l'origine on considérait la restitution comme une restriction de la capacité d'agir; de sorte que pour les mineurs elle remplaçait l'incapacité complète, protectrice des impubères. Mais depuis que la restitution a été appliquée aux actes des curateurs, et sous la même forme étendue aux tuteurs des impubères, elle a perdu son caractère primitif (*f*). Ainsi donc la restitution n'appartient plus aux restrictions de la capacité d'agir, et relativement à l'application du droit local elle doit

(*d*) Wächter, II, p. 172.
(*e*) Ibid., II, p. 173-181.
(*f*) voy. Vol. VII, § 322.

être rangée parmi les moyens d'attaquer les actes juridiques (*g*).

4) De même le privilége qui protége les mineurs contre toutes les prescriptions moindres de trente ans, et cela sans restitution (*h*), n'a rien de commun avec la capacité d'agir; et dès lors en ce qui touche le droit local il ne doit pas être jugé d'après les principes posés plus haut (*i*), mais d'après les règles établies pour la prescription.

Pour achever cette partie de notre recherche, je crois devoir présenter deux considérations générales. Nous avons traité de la capacité du droit et de la capacité d'agir (§ 362-365). La première, la capacité du droit, avait en droit romain la prédominance et occupait le premier rang; en droit actuel elle n'occupe que le second, car des restrictions mises par les Romains à la capacité du droit, les unes n'existent plus, les autres sont diminnées. Ainsi l'influence de la liberté et du droit de cité n'existe plus, l'influence de la puissance paternelle est beaucoup moindre.

Ma seconde observation se rapporte au domicile, reconnu par nous comme déterminant le droit local applicable à l'état de la personne dans chaque cas particulier. Or, comme de sa nature le domicile n'est pas immuable, l'état du droit de

(*g*) Voy. Wächter, II, p. 174, 179.
(*h*) Voy. vol. VII, § 324, n. 1.
(*i*) Wächter, II, p. 179.

la personne changera avec lui, si l'on admet que cet état doive toujours se juger d'après le domicile actuel et non d'après le domicile antérieur, lors même que ce dernier remonterait à l'époque de la naissance (*k*).

Cette règle est assez généralement adoptée (*l*), et notamment elle se trouve confirmée, quoique d'une manière directe, par un texte du droit prussien (*m*). Nous avons néanmoins à l'examiner sous un double aspect.

D'abord cette règle est facilement et généralement adoptée par les tribunaux du nouveau domicile, et même par ceux de toute autre localité tierce. Mais souvent elle est contredite par les tribunaux du domicile antérieur, qui veulent appliquer leur propre droit local, malgré le changement du domicile, bien qu'en principe cela ne puisse se justifier (*n*).

(*k*) Cette question rentre dans celle que j'ai posée § 344, *e*, sans la discuter.

(*l*) Story, § 69, sq.

(*m*) A. L. R. Einl., § 24 : « Le simple abandon du territoire soumis à la juridiction, quand l'intention de choisir un autre domicile n'est pas bien établie, ne change rien aux droits et aux devoirs personnels de cet individu. » Par contre, il résulte évidemment de là que le choix non douteux d'un nouveau domicile change les droits personnels.

(*n*) Story cite, à l'appui de l'une et de l'autre opinion, des auteurs et des jugements rendus en Amérique et en Angleterre. A la vérité sa discussion très-développée porte à la fois sur

Voici ensuite une application fréquente et importante de cette règle qui mérite toute notre attention : c'est celle relative à l'époque légale de la majorité. L'application absolue de la règle nous donnerait ici deux résultats contradictoires. Le code prussien fixe la majorité à vingt-quatre ans ; le droit français en vigueur à Cologne fixe la majorité à vingt et un ans. Si donc un Berlinois, âgé de vingt-deux ans, transportait son domicile à Cologne, il deviendrait immédiatement majeur. Si, au contraire, un habitant de Cologne, âgé aussi de vingt-deux ans, transportait son domicile à Berlin, il redeviendrait mineur, devrait être remis en tutelle et y rester encore deux ans. — Le premier de ces résultats n'offre aucun inconvénient, et peut être difficilement contesté. Mais le second, bien qu'il ait été admis par d'anciens auteurs (*o*), doit être rejeté par les motifs suivants.

Quand un mineur, dans le lieu de son domicile, atteint l'âge de la majorité, l'indépendance qui en résulte a tous les caractères d'un droit acquis, et ne peut lui être enlevée par une cir-

deux questions tout à fait distinctes en soi : la collision de l'ancien et du nouveau domicile, et la collision du domicile en général, et le lieu où un acte juridique, un mariage, par exemple, a été conclu.

(*o*) Lauterbach, de domicilio, § 69, Dissert., vol. II, p. 1353 ; Hert., § 5, in fine.

constance accidentelle, le changement de domicile. Cela est spécialement confirmé par la comparaison du cas où la majorité acquise dans le domicile antérieur résulte, non de l'âge, mais de la *venia ætatis*. Le changement de domicile ne saurait annuler les effets de cette dispense accordée par le souverain (*p*). Attribuer moins d'efficacité et de durée à la majorité déclarée par le droit de l'ancien domicile, serait une décision contre nature et tout à fait arbitraire.

En droit prussien, la doctrine que je viens d'exposer a été adoptée sans contestation par les auteurs et par la jurisprudence des tribunaux (*q*).

§ CCCLXVI. II. *Droit des choses. Règles générales.*

Nous allons maintenant nous occuper des droits aux choses particulières, c'est-à-dire des droits réels, afin de déterminer le domaine du droit au-

(*p*) Ce dernier point est aussi reconnu dans le traité entre la Prusse et la Saxe de l'année 1821, § 3 (Ges. Samml., p. 39). Il est également admis par Hert., § 8, qui en cela se montre inconséquent (note *n*).

(*q*) Bornemann, Preusz. Recht, vol. I, p. 53, note 1, num. 2; Koch, Preusz. Recht, § 40, note 11. Tous deux citent plusieurs rescrits du ministère de la justice qui ne laissent aucun doute sur la jurisprudence des tribunaux.

quel ils appartiennent, et ici nous sommes conduits par leur objet même à cette détermination. En effet, comme leur objet tombe sous nos sens et occupe une place dans l'espace, le lieu où ils se trouvent est en même temps le siége du rapport de droit dont ils fournissent la matière. Celui qui veut acquérir ou exercer un droit sur une chose se transporte avec cette intention dans le lieu qu'elle occupe, et pour ce rapport de droit spécial se soumet volontairement au droit de la localité. Ainsi donc, quand on dit que les droits réels se jugent d'après le droit du lieu où la chose se trouve (*lex rei sitæ*), on part du même principe que quand on applique à l'état de la personne la *lex domicilii*. Ce principe est la soumission volontaire.

Ici encore se montre le lien intime dont j'ai parlé plus haut (*a*) qui existe entre le droit local et la juridiction. A la vérité le *forum rei sitæ* était tout à fait inconnu dans le droit romain primitif (*b*); mais il fut établi de très-bonne heure

(*a*) Voy. § 360, num. 1. Sur le *forum rei sitæ* on peut consulter en général Bethmann-Holweg, Versuche, p. 69-77, où sont développées les diverses propositions que je vais établir ici.

(*b*) Vatic. fragm., § 326. — Le contraire ne résulte pas de la L. 24, § 2, de jud. (V, 1), car ce texte parle non du *forum rei sitæ*, mais du *forum originis*, que tout citoyen romain avait dans la ville de Rome (indépendamment de sa patrie spéciale), mais auquel les envoyés pouvaient se soustraire (§ 352, *k*).

pour l'action de la propriété (*c*), et plus tard étendu à d'autres droits *in rem* (*d*). Toutefois le demandeur est libre de choisir entre la juridiction spéciale (*forum rei sitæ*) et la juridiction générale (*forum domicilii*). Cependant la détermination du droit local demande une règle fixe, et ne saurait être ainsi subordonnée à la volonté arbitraire d'une seule des parties. Nous devons donc adopter exclusivement l'un ou l'autre de ces droits, et ce sera le droit du lieu où la chose est située (*lex rei sitæ*), en nous fondant sur la volonté qui existe spécialement pour le rapport de droit individuel. Un autre motif vient encore justifier cette préférence. Le droit à une chose peut être commun à plusieurs personnes ayant chacune un domicile différent. Si donc les droits réels se jugeaient d'après le droit du domicile, il resterait en pareil cas à savoir quel est le domicile dont on doit suivre le droit. Or, cette incertitude disparaît dès que l'on adopte la *lex rei sitæ*, qui de sa nature est toujours simple et exclusive.

Aussi le principe que je viens d'établir a-t-il été de tous temps généralement admis, et c'est

(*c*) L. 3, C., ubi in rem (III, 19).

(*d*) Nov. 69. — L'absence des sources ne nous permet pas de décider si cette extension est un droit entièrement nouveau, ou si Justinien n'a fait que confirmer une jurisprudence déjà établie. Mühlenbruch, Archiv, vol. XIX, p. 377, dit sans la moindre hésitation que cette loi ne constitue aucune innovation.

à lui que se rattache la définition donnée plus haut des statuts réels (§ 361, n. 1), d'où il résulte que les lois ayant directement et principalement pour objet le droit à des choses, régissent toutes les choses situées dans le domaine du législateur, sans distinguer si les titulaires de ces droits sont nationaux ou étrangers. Néanmoins, la reconnaissance de cette saine doctrine a été longtemps obscurcie par une distinction arbitraire qui lui ôte son efficacité et sa conséquence. Ainsi, on n'appliquait le principe qu'aux immeubles, et pour les biens mobiliers on prétendait qu'il fallait suivre, non pas la *lex rei sitæ*, mais la *lex domicilii*, et cela en vertu d'une fiction qui faisait considérer les meubles, quel que fût le lieu où ils se trouvent, comme existant au domicile de la personne (*e*).

Cette distinction a pris naissance dans le domaine du droit de succession, où l'on en fait une application très-importante et très-fausse. Ensuite on l'a étendue aux droits sur les choses, et là elle convient si peu, que son application logique aux droits réels est souvent tout à fait inadmissible, et trouverait difficilement des partisans.

(*e*) Les auteurs modernes expriment souvent ce principe par la formule : *mobilia ossibus inhærent*, de manière à faire croire que cette formule était connue des anciens, par ex. : Story, § 362 ; Schäffner, § 65. Mais cela n'a rien de fondé, et je ne saurais indiquer l'origine de cette formule.

Dans l'un et l'autre domaine cette distinction doit être absolument rejetée, et partant un seul et même droit local doit s'appliquer tant aux meubles qu'aux immeubles. Mais j'observe que sur ces deux applications les opinions sont partagées et en contradiction directe. — En matière de succession, d'après les vrais principes, le droit local du domicile s'applique aux choses de toute espèce. Les adversaires l'admettent pour les meubles, mais ils prétendent que les immeubles sont régis par un autre droit, celui de la situation des biens. — Quand au contraire il s'agit du droit des choses, d'après les vrais principes, la *lex rei sitæ* s'applique aux choses de toute espèce. Les adversaires l'admettent pour les immeubles, mais ils prétendent que les meubles sont régis par le droit local du domicile de la personne.

En ce qui touche la question qui nous occupe (le droit des choses), pour apprécier la valeur de cette distinction, nous allons d'abord examiner la tendance de la législation à différentes époques. Et ici je ne dissimulerai pas que les anciens recueils de lois allemandes, le *Sachsenspiegel* et le *Schwabenspiegel*, semblent attacher une importance particulière aux immeubles, et ainsi favoriser la distinction que je repousse (*f*). Mais les

(*f*) Sachsenspiegel, I, 30; III, 33; Schwabenspiegel, cap. LXXXVII, CXXX, CCCCV.

textes relatifs à cet objet sont tellement vagues et indéterminés, le contraste qu'ils admettent implicitement est si incertain, qu'on ne saurait en tirer rien de concluant.

Vers le milieu du dix-huitième siècle, la législation bavaroise a complétement rejeté cette distinction, et elle applique aux meubles comme aux immeubles le droit du lieu où sont situés les biens (*g*).

D'un autre côté les recueils de lois plus modernes se rapprochent de l'opinion dominante à l'époque où ils ont été rédigés, et sont favorables à la distinction; mais ils s'expriment en termes si abstraits et si vagues, qu'ils ne nous fournissent pas de décisions sûres, notamment sur la manière dont ils entendent régler les droits réels. Cela s'applique au code prussien (*h*), et plus encore au code autrichien (*i*). Le code français n'adopte

(*g*) Cod. Bavar. Maximil., p. I, c. II, § 17 : « On doit... *in realibus vel mixtis*, suivre et observer le droit établi *in loco rei sitæ*, sans distinction entre les choses mobilières ou immobilières. » Le texte est transcrit en entier dans Eichhorn, Deutsches Recht, § 34, note *d*.

(*h*) A. L. R. Einleitung, § 28 : « Les biens mobiliers d'un individu... sont régis d'après les lois de sa juridiction ordinaire, « c'est à-dire d'après le domicile, § 23. — § 32 : « Pour les biens immobiliers *on applique*, quelle que soit la personne du propriétaire, *les lois* du lieu où les biens sont situés. »

(*i*) OEsterr. Ges., § 300 : « Les biens immeubles *sont soumis* aux lois du lieu où ils sont situés; tous les autres biens

la distinction que tacitement, car pour les immeubles il ordonne l'application du droit de la situation des biens, et il ne dit rien des choses mobilières (*k*). Tous ces codes disent seulement que certaines choses sont jugées d'après telles lois, etc., sont soumises à telles lois, etc.; mais ces expressions générales sont susceptibles des interprétations les plus diverses, quand il s'agit de déterminer dans quelles limites et selon quel mode s'opèrent ce jugement et cette soumission.

Je passe à l'examen des opinions des auteurs sur la question qui nous occupe.

La plupart des anciens auteurs et les plus recommandables se prononcent pour la distinction entre les choses mobilières et les choses immobilières (*l*), et cette opinion a trouvé des partisans jusque dans les temps actuels (*m*); néan-

sont régis par *les mêmes lois que la personne du propriétaire.* »

(*k*) Code civil, art. 3 : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, *sont régis* par la loi française. »

(*l*) Argentræus, num. 30. — Rodenburg, Tit. I, c. 2. — P. Voet, sect. 4, C. 2, § 8. — J. Voet, § 11. (Ce dernier néanmoins ajoute cette restriction très-sage, que les lois ayant un caractère politique, celles, par exemple, sur l'exportation des grains, ont une action territoriale rigoureuse sur les choses même mobilières qui se trouvent dans le pays.)

(*m*) Story, chap. IX, X et § 362. — Fœlix, p. 72-75, 80. — Schäffner, § 54-56, § 65-68. — Story, § 386, observe néanmoins que les tribunaux de la Louisiane appliquent aux choses mobilières la *lex rei sitæ*, et non celle *domicilii*.

moins chez plusieurs d'entre eux l'adhésion à cette doctrine est plus apparente que réelle. Ainsi ils l'expriment sous la même forme générale que leurs prédécesseurs, et semblent se confondre avec eux (*n*) ; mais quand il s'agit d'en faire l'application réelle pour les droits à des choses déterminées, ils se séparent de leurs prédécesseurs, et se montrent ainsi infidèles à leur propre principe (*o*).

D'un autre côté la plupart des auteurs modernes rejettent entièrement la distinction, et n'admettent qu'une seule et même règle pour les choses mobilières et immobilières, le droit du lieu où elles sont situées (*p*) ; j'ai dit plus haut que je me rangeais à cette opinion.

Les partisans de la doctrine que je combats, et qui soumettent les choses mobilières, non à la *lex rei sitæ*, mais à la *lex domicilii*, mettent ordinairement en oubli ou dissimulent le côté le plus faible de leur doctrine. Ainsi, on dit que le droit local applicable est déterminé par le domicile de la personne ; mais quelle est cette per-

(*n*) Fœlix et Schäffner (note *m*).

(*o*) Fœlix, p. 78. — Schäffner, § 66, affirme qu'il n'y a pas de règle générale sur les droits aux choses particulières.

(*p*) Mühlenbruch, Doctrina Pand., § 72 ; Meiszner, Vom stillschweigenden Pfandrecht ; mais surtout Wächter, I, p. 292 298 ; II, p. 199-200, p. 383-389, et il cite I, 293, note 130, plusieurs partisans de cette opinion.

sonne (*q*)? Celle sans doute qui a droit à la chose en vertu du rapport de droit. Mais cela est très-équivoque, et, lors même qu'on admettrait le principe, suffirait pour en rendre l'application très-vague et très-incertaine. On peut entendre sous cette définition le propriétaire (*r*); mais quand il s'agit de la translation de la propriété, on ne sait si elle désigne l'ancien ou le nouveau propriétaire, et, lorsque la propriété est en question, à laquelle des parties il faut l'attribuer. — On pourrait, il est vrai, abandonner complétement le propriétaire et lui subtituer le possesseur, ce qui simplifierait et faciliterait beaucoup l'application. — Enfin, il y a indépendamment de la propriété divers droits réels qui, lorsqu'ils existent ou sont prétendus, constituent pour d'autres personnes un droit à la chose. — Ainsi donc, quand bien même il serait vrai que le droit local se détermine par le domicile de la personne, ce principe serait fort équivoque, car les diverses personnes dont je viens de parler peuvent avoir des domiciles différents, et cette prétendue règle ne saurait nous fournir la solution pratique du problème à résoudre.

Reste toujours la question principale, celle de savoir s'il y a dans la nature des choses un motif

(*q*) Wächter, I, p. 293, développe très-bien cette objection.

(*r*) C'est ainsi que l'entend la législation de la Prusse et celle de l'Autriche. Voy. notes *h* et *i*.

pour établir une distinction entre les droits à des choses mobilières et ceux à des choses immobilières, et pour les soumettre à un droit local différent. La négative n'est pas douteuse. Si l'on n'est pas parvenu à s'entendre sur cette question, peut-être cela tient-il à ce qu'on l'a posée d'une manière trop abstraite. Je vais essayer de montrer que dans la vie réelle la chose se passe tout autrement. Ces considérations expliqueront en même temps l'origine de l'opinion que je combats comme erronée, et feront ressortir l'élément de vérité qu'elle contient.

Quand on examine la place qu'occupent dans l'espace les choses mobilières, on trouve deux cas extrêmes, diamétralement opposés, entre lesquels viennent se placer une foule de cas intermédiaires.

D'abord la place que les choses mobilières occupent dans l'espace peut être tellement indéterminée et tellement variable, qu'on ne saurait avoir aucune idée précise du territoire où elle se trouve ; ce qui exclut absolument la soumission volontaire au droit local de ce territoire. Je citerai comme exemples les cas suivants : Le voyageur qu'une diligence ou qu'un chemin de fer transporte avec son bagage peut dans un seul jour traverser plusieurs pays, sans même s'inquiéter de savoir quel est celui où il se trouve momentanément. Il en est de même quand un

commerçant expédie des marchandises pour un pays lointain, pendant tout le temps que les marchandises sont en route, surtout quand elles sont expédiées par mer pour différents ports, même pour différentes parties du monde, afin d'y trouver un marché plus avantageux. — Dans de pareils cas on ne saurait évidemment appliquer la *lex rei sitæ*, et il nous faut chercher par la pensée un lieu où la chose soit destinée à séjourner pendant un temps plus long, ou même indéterminé. Quelquefois ce lieu nous est indiqué d'une manière certaine par la volonté du propriétaire, quelquefois aussi il coïncide avec le domicile de celui-ci. Je citerai comme exemples le bagage qu'un voyageur rapporte ordinairement chez lui quand il a fini son voyage, ou bien encore les marchandises qu'un négociant expédie et qu'il renvoie, s'il n'en trouve pas le placement, dans le lieu de son domicile, pour attendre des temps plus propices. C'est sans doute pour avoir pris exclusivement en considération les cas de cette espèce, que l'on a prétendu appliquer d'une manière générale le droit du domicile aux choses mobilières (*s*).

Le second cas, absolument inverse, est celui

(*s*) Cela nous explique pourquoi les tribunaux et les auteurs américains, Story par exemple, sont grands partisans de cette opinion; car naturellement ils ont surtout en vue le commerce maritime.

où les choses mobilières sont destinées à rester constamment dans le même lieu, comme le mobilier d'une maison, une bibliothèque, une collection d'objets d'art, les instruments aratoires servant à l'exploitation d'un domaine rural. A la vérité, la destination de ces choses n'est pas immuable, et on peut les transporter dans un autre lieu ou dans un autre pays ; mais de pareils changements sont accidentels et en dehors des intentions actuelles et des prévisions du possesseur (*t*). Le domicile de la personne nous offre un rapport absolument semblable, car on le considère toujours comme permanent, bien qu'il puisse être changé à chaque instant du temps à venir (§ 353). — Il n'y a pas même une apparence de motif pour traiter les choses de cette espèce autrement que les immeubles, et elles doivent évidemment être jugées d'après le droit local que détermine leur situation actuelle, et non le domicile du propriétaire ou du possesseur. Aussi cela est-il admis par divers auteurs, qui du reste maintiennent la distinction entre les meubles et les immeubles, et qui, pour cette classe de choses mobilières,

(*t*) Cette distinction des choses mobilières destinées à rester dans un lieu déterminé est souvent mentionnée dans le droit romain, bien que sous des points de vue juridiques autres que celui qui nous occupe. L. 35, pr. § 3-5, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 17, de act. emt. (XIX, 1); L. 32, de pign. (XX, 1); L. 203, de V. S. (L. 16).

faisant une exception à leur règle, représentent une opinion intermédiaire (*u*).

Entre les deux classes de choses mobilières dont je viens de parler viennent s'en placer plusieurs autres qui s'en rapprochent à des degrés très-différents. Je citerai comme exemples les marchandises qu'un négociant tient en dépôt dans un lieu autre que son domicile pendant un temps indéterminé, le bagage d'un voyageur qui séjourne dans un pays étranger, etc. Pour toutes ces choses les circonstances particulières détermineront si elles appartiennent à l'une ou à l'autre classe. Ici l'on ne devra pas seulement avoir égard au temps plus ou moins long pendant lequel la chose a séjourné dans un lieu, mais aussi à la nature de la règle de droit qu'il s'agit d'appliquer. Si, par exemple, le litige porte sur la forme de l'aliénation (la tradition ou le simple contrat), pour appliquer le droit local du lieu où la chose est située, on pourra exiger un temps moins long que s'il s'agissait d'une question d'usucapion. Mais en général nous devons poser comme règle l'application de la *lex rei sitæ*, et regarder comme une exception, relativement rare, ce qui a été établi plus haut pour les cas de la première espèce.

(*u*) J. Voet., ad Pand., I, (8, § 14; Story, § 382 et beaucoup d'autres auteurs cités dans Wächter, I, p. 296, note 133.

§ CCCLXVII. II. *Droit des choses. Propriété.*

Je vais passer en revue les diverses questions de droit relatives à la propriété où il peut être question de l'application de droits locaux différents.

1) La capacité d'acquérir, de même que la capacité d'aliéner, se juge d'après le droit en vigueur au domicile de la personne qui veut acquérir ou aliéner (§ 362), et non d'après le droit du lieu où la chose est située, parce que chacune de ces capacités n'est qu'une branche particulière de la capacité du droit en général et de la capacité d'agir, et dès lors elles appartiennent à l'état de la personne.

Cette règle a été attaquée par divers arguments dont j'ai déjà discuté le mérite. On a dit que ces capacités n'appartenaient pas aux qualifications de la personne en soi, mais aux effets juridiques de ces qualifications; et que dès lors on doit appliquer non pas le droit du domicile, mais le droit du juge appelé à prononcer (*a*).

D'autres admettent en général le droit du domicile, mais ils font une exception pour le cas des choses immobilières, et alors ils prétendent que la capacité personnelle se juge d'après la *lex*

(*a*) J'ai parlé longuement de cette opinion, § 362.

rei sitæ, c'est-à-dire qu'il y a lieu d'appliquer le statut réel (*b*).

Sans doute cette règle souffre une exception quand la capacité d'acquérir se trouve restreinte par une loi rigoureusement obligatoire, comme celles qui ont le caractère d'une loi de police. De semblables lois s'appliquent à toutes les choses situées dans les pays qui obéissent au législateur, et l'on n'a point à s'occuper du droit du domicile de la personne qui veut acquérir (§ 365).

2) La question de savoir si une chose peut devenir une propriété privée, et par conséquent n'est pas une des *res quarum commercium non est*, se juge d'après le droit du lieu où la chose est située.

3) La même règle s'applique à la délimitation des choses sans maîtres, et conséquemment à la faculté ou à la prohibition d'acquérir certaines choses par occupation. Telles sont les lois relatives aux droits régaliens sur l'ambre ou sur plusieurs espèces de minéraux. Ici personne ne doute que la *lex rei sitæ* ne soit seule décisive, et dès lors ne s'étende aux choses mobilières. Néanmoins la propriété acquise en vertu d'une loi de ce genre doit être reconnue dans tous les États, dans

(*b*) Voy. § 362, note *g*. Cette fausse doctrine est adoptée par Story, § 430-434, qui cite un grand nombre d'auteurs. La bonne doctrine est soutenue par Huber, § 12.

ceux même où une semblable acquisition ne serait pas permise.

4) Il existe des règles de droit très-différentes sur les formes de l'aliénation, c'est-à-dire sur la transmission volontaire de la propriété; et, d'après le principe établi plus haut, nous devons appliquer la règle de droit en vigueur dans le lieu où la chose est située, sans aucun égard au domicile de l'acquéreur ou du vendeur, sans égard au lieu où le contrat est passé.

Ainsi en droit romain l'aliénation résulte de la tradition de la chose; il en est de même en droit prussien (*c*). D'après le code français, l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes (*d*).

Les exemples suivants mettront cette règle dans tout son jour. Quand un Parisien vend à un de ses compatriotes son mobilier qui se trouve à Berlin, la propriété n'est transmise que par la tradition. Quand, au contraire, un Berlinois vend à un de ses compatriotes son mobilier qui se trouve à Paris, la propriété est transmise par le

(*c*) A. L. R., I, 10, § 1. Cf. Koch, Preusz, Recht, vol. I, § 252, 255, 174. Les grandes facilités pratiques données aux absents (I, 11, § 128-133), et qui leur permettent d'effectuer la tradition en envoyant la chose, ne changent rien au principe en lui-même.

(*d*) Code civil, art. 1138. C'est aussi le droit en vigueur dans les provinces rhénanes de Prusse.

seul consentement des parties. Il en serait absolument de même si dans ces exemples on substituait la ville de Cologne à Paris.

Pour l'application de cette règle, il suffit d'établir le lieu où se trouve la chose, lors même qu'elle s'y trouverait passagèrement (*e*); car dans l'un et l'autre cas la transmission de la propriété résulte d'un acte momentané, qui ne demande qu'un temps fort court. Il en est autrement dans les cas exceptionnels où la situation actuelle de la chose est tellement indéterminée, que les parties ne sauraient en avoir une idée précise. En pareils cas on considère comme lieu de la situation celui où la chose est destinée à demeurer prochainement, et souvent ce sera le domicile du propriétaire actuel (du vendeur) (*f*).

Dans les divers cas que je viens d'énumérer on ne s'occupe évidemment que de la situation de la chose au moment où la propriété est transmise. Dès que cette transmission est opérée, tout déplacement de la chose devient indifférent; car la propriété une fois acquise, quel que soit le lieu où se trouve la chose, le droit du propriétaire reste le même.

(*e*) Voy. § 366, p. 180.

(*f*) Voy. § 366, p. 177. La vente des marchandises prête en outre aux questions très-douteuses sur les marques de fabrique, et quand les marchandises sont en voie de transport, sur les effets du transfert des connaissements. Voy. Thöl, Handelsrecht, § 79, 80.

5) L'acquisition de la propriété par usucapion se distingue essentiellement de l'acquisition par tradition, en ce que la tradition est un acte instantané, tandis que l'usucapion résulte d'une suite de faits continuée pendant un long espace de temps.

Pour les immeubles, l'application de la *lex rei sitæ* n'est contestée par personne : quant à l'usucapion des meubles, les opinions sont au contraire très-partagées (*g*). Ici la question est d'autant plus importante que les lois diffèrent beaucoup suivant les pays. Le droit romain exige deux ans de possession, le droit prussien dix ans (*h*); enfin le code français déclare qu'en fait de meubles la possession vaut titre. Mais s'il s'agit d'une chose volée ou perdue, le propriétaire peut la revendiquer pendant trois ans (*i*). Au moyen de cette dernière disposition, le droit français se rapproche beaucoup du droit romain quant au résultat pratique.

L'application de la *lex rei sitæ* paraît d'autant plus certaine en cette matière, que la base de toute usucapion est une possession continue. Or,

(*g*) Mühlenbruch, Doctr. Pand., § 73, adopte avec raison la *lex rei sitæ;* Meier, p. 37, la *lex domicilii,* c'est-à-dire du domicile de celui qui acquiert par usucapion, parce qu'il a déjà la propriété prétorienne. Schäffner, § 67, laisse tout incertain.

(*h*) A. L. R. I, 9, § 620.

(*i*) Code civil, art. 2279.

la possession étant de sa nature un rapport purement de fait, se juge plus incontestablement encore qu'aucun autre droit réel, d'après la *lex rei sitæ* (§ 368).

Maintenant un doute peut s'élever pour les cas où, pendant le temps de l'usucapion, la chose mobilière s'est trouvée dans différents pays. Il est évident que ces déplacements n'interrompent point la possession. Mais l'accomplissement de l'usucapion, c'est-à-dire l'acquisition de la propriété, doit se juger d'après le droit du pays où la chose se trouve en dernier lieu ; car la translation de la propriété ne s'opère qu'à l'expiration du temps fixé pour l'usucapion ; jusque-là elle n'est que préparée (*k*). La propriété une fois acquise conformément au droit local doit être reconnue dans tout autre pays, lors même que ces lois exigeraient un plus long délai pour l'usucapion.

6) L'exercice de l'action résultant de la propriété, et les dispositions spéciales qui s'y rattachent, se règlent d'après le droit du lieu où le procès est intenté (*l*).

Ce peut être le lieu où la chose est située, vu la compétence de la juridiction locale (§ 366, *a*) ;

(*k*) Nous retrouvons donc ici le même principe que pour la collision dans le temps des lois sur l'usucapion (§ 391, *b*).

(*l*) Voy. § 361, num. 3, C.

et alors on applique la *lex rei sitæ*. Ce peut être aussi le domicile du défendeur; car, d'après le droit commun, ces deux juridictions sont également compétentes, et le demandeur peut choisir l'une ou l'autre; alors la *lex domicilii* du défendeur s'applique à toutes les questions de droit qui se rattachent à l'action de la propriété. On doit reconnaître que cette alternative laissée au demandeur lui confère un pouvoir arbitraire qui peut avoir des inconvénients; mais ils sont inévitables.

On remarque de grandes différences entre les restrictions mises par les législations à l'action résultant de la propriété. Le droit romain donne cette action contre tout possesseur non propriétaire, sans aucune indemnité pour le prix d'acquisition payé par ce possesseur. — Le code prussien admet également un droit de revendication illimité, mais avec réserve d'une indemnité pour le possesseur de bonne foi (*m*). — Le droit français n'admet pas la revendication des choses mobilières, mais il fait à cette règle les exceptions suivantes : les choses volées ou perdues peuvent être revendiquées pendant trois ans; les effets mobiliers non payés peuvent être revendiqués dans la huitaine de la livraison (*n*).

(*m*) A. L. R. I, 15, § 1, 26.
(*n*) Code civil, art. 2279, 2102, n. 4.

Chacune de ces différentes règles s'applique suivant que le pays où siége le tribunal appelé à prononcer est régi par le droit romain, par le droit prussien ou par le droit français.

A l'instance engagée sur la propriété peuvent se rattacher, comme conséquences spéciales, la restitution des fruits, l'indemnité due pour la perte ou la détérioration de la chose revendiquée, etc. (*o*). Toutes ces questions accessoires se jugent également d'après le droit en vigueur dans le lieu où siége le tribunal saisi de la demande principale.

§ CCCLXVIII. II. *Droit des choses.* Jura in re.

Les principes que nous venons d'établir pour la propriété s'appliquent en grande partie aux droits réels autres que la propriété (*jura in re*).

1) Personne ne conteste que les servitudes prédiales se jugent d'après la *lex rei sitæ.*

Il en est de même des servitudes personnelles ayant pour objet une chose immobilière.

Si l'objet de ces servitudes est une chose mobilière, plusieurs prétendent à tort qu'il faut appliquer la *lex domicilii*, de même que quand il s'agit de la propriété des choses mobilières. Je ne reviendrai pas sur cette question générale, qui a été longuement discutée plus haut (§ 366).

(*o*) Voy. Vol, VI, § 260, sq.

2) L'emphytéose et le droit de superficie ne donnent lieu à aucune difficulté, puisqu'ils se rattachent toujours à des immeubles ; et dès lors tout le monde reconnaît qu'ils se jugent d'après le droit du lieu où la chose est située.

3) Au locataire, au fermier, et à ceux qui, en vertu d'un titre semblable, sont détenteurs de la chose d'autrui, le droit prussien confère un droit réel avec une action *in rem* contre le tiers possesseur, pourvu que la chose leur ait été livrée (*a*). On sait que le droit romain n'admet pas cette espèce de droits réels.

Ce droit réel existe sans aucun doute lorsqu'une chose soit mobilière, soit immobilière, se trouve dans les États prussiens à l'époque de sa tradition. Si à la même époque elle se trouvait dans un pays régi par le droit romain, ce droit réel ne prendrait pas naissance.

Si maintenant on suppose que le locataire d'un meuble, après avoir acquis en Prusse ce droit réel, transporte le meuble dans un pays soumis au droit romain, on pourrait croire qu'il aura la faculté d'exercer dans ce pays, contre un tiers possesseur, le droit acquis en Prusse. Je pense néanmoins que sa prétention devrait être repoussée ; car elle se fonde sur une institution spé-

(*a*) A. L. R. I, 2, § 135-137 ; I, 7, § 169, 170. Cf. Koch, Preusz. Recht, vol. I, § 317, 318.

ciale de droit que ne reconnaît pas la législation du pays (*b*). — Au reste, cette question ne présente pas un grand intérêt pratique; car le droit réel dont il s'agit n'a des conséquences importantes que pour les immeubles.

4) Non-seulement le droit de gage a une efficacité plus étendue que les *jura in re* dont j'ai parlé jusqu'ici, mais, relativement à la question qui nous occupe, il soulève aussi plus de doutes et de difficultés.

Ici encore l'application de la *lex rei sitæ* constitue la règle, et les objections que l'on pourrait élever ne sont que spécieuses.

Je commencerai par exposer les différences les plus importantes que cette institution présente en général dans les divers pays de l'Allemagne.

Le droit romain repose sur les principes suivants :

a) Le droit de gage, comme droit réel opposable à tout tiers possesseur, s'acquiert par simple contrat, et même sans prise de possession (*c*).

b) Le contrat peut être tacite; car il y a plu-

(*b*) Voy. plus haut § 149, B. Wächter, II, p. 388, 389, est du même avis, non dans le cas spécial qui nous occupe, mais dans un cas tout à fait semblable, celui du droit de gage, dont je parlerai tout à l'heure.

(*c*) C'est à dessein que je ne considère ici le droit de gage que dans son sens propre, comme démembrement de la propriété, et que je ne parle pas de son application plus artificielle aux obligations, etc.

Digitized by Google

sieurs actes juridiques où, en vertu d'une règle générale de droit, on suppose qu'un gage a été constitué pour sûreté de l'obligation (*d*).

c) On ne fait aucune distinction entre les meubles et les immeubles comme objets d'un droit de gage.

d) Le contrat exprès ou tacite peut porter, non-seulement sur des choses particulières, mais encore sur l'universalité d'un patrimoine. Dans ce dernier cas le contrat embrasse tout ce qui fait actuellement partie du patrimoine et tout ce qui s'y ajoutera par la suite, c'est-à-dire des objets qui, non-seulement ne sont pas désignés, mais qui ne pourraient l'être par les parties. C'est à tort que le patrimoine formant la matière d'un semblable droit de gage a été regardé comme un ensemble idéal, indépendamment de son contenu, et que, par analogie des droits successifs, on a voulu lui appliquer les définitions juridiques de l'*universitas* et de la *successio per universitatem* (*e*); en réalité il n'y a ici qu'une désignation et une

(*d*) L. 3, in quib. caus. (XX, 2) : « ...*tacitam conventionem* de invectis illatis... » L. 4, pr., eod. « ... *quasi id tacite convenerit*... » L. 6, eod. « ... tacite solet *conventum accipi*, ut perinde teneantur invecta et illata, *ac si specialiter convenisset*... » L. 7, pr., eod. » ... *tacite intelliguntur* pignori esse... etiamsi nominatim id non convenerit. » L'expression usitée chez les auteurs modernes de droit de gage légal (*pignus legale*) obscurcit la véritable nature de l'institution,

(*e*) Sur ces notions de droit, voy. Vol. III, § 105.

délimitation indirecte des choses particulières sur lesquelles doit porter le droit de gage.

Dans les différents États qui en général sont régis par le droit romain, il existe relativement au droit de gage de nombreuses déviations aux principes que je viens de poser. Ces déviations portent principalement sur l'étendue du droit de gage tacite, et les lois de ces États reconnaissent un plus ou moins grand nombre d'obligations garanties par un gage fictif.

Supposons maintenant deux États régis en général par le droit romain : le premier de ces États reconnaît la règle de droit romain qui garantit par un droit de gage sur tous les biens la promesse de constituer une dot (*f*); le second a aboli cette règle. Supposons que deux sujets du premier État fassent des conventions dotales, et que le débiteur possède un immeuble dans le second État, on demande si le droit de gage tacite s'étendra à cet immeuble. On pourrait être tenté de répondre négativement par application de la *lex rei sitæ ;* ce serait une erreur. En effet, le second État admet la possibilité d'un gage constitué par un simple contrat et même par un contrat tacite : la question de savoir si, dans l'espèce, il existe un semblable contrat, est donc une question de fait qui ne peut être décidée que par le

(*f*) L. un. § 1, C., de rei ux. act. (V, 13).

droit local sous l'empire duquel a été fait l'acte juridique (*g*). Or, ce droit local admet par une fiction que le créancier de la dot a un droit de gage exprès sur tous les biens du débiteur, ce qui comprend l'immeuble situé en pays étranger; par conséquent, cet immeuble est soumis au droit de gage (*h*). Si les conventions dotales intervenaient dans le second État entre habitants de cet État, le droit de gage ne frapperait ni l'immeuble ni aucun des biens du débiteur.

Une différence beaucoup plus grande existe entre les États allemands qui admettent en général le droit de gage des Romains et ceux qui ont donné à ce droit une base toute nouvelle. Je prendrai comme type de ces derniers la Prusse, dont la législation nous offre en cette matière les développements les plus complets. Plusieurs dispositions de la législation prussienne se retrouvent dans d'autres pays, et il ne sera pas difficile de leur appliquer les règles que je vais établir.

Le droit prussien n'admet pas qu'un simple

(*g*) Je parlerai § 374, D., de la manière de déterminer quel est le droit local.

(*h*) Meier, p. 39-41, et Meiszner, vom Stillschweigendem, Pfandrecht, § 23-24, adoptent la même décision, mais par un motif que je ne crois pas fondé. Suivant eux, le droit du domicile comme tel doit décider, de même que s'il s'agissait d'une question de succession; car l'ensemble idéal des biens, l'*universitas*, est l'objet du droit de gage.

contrat puisse constituer un droit de gage comme droit réel. Ensuite, il établit une distinction entre les immeubles et les meubles. Pour les immeubles, le droit réel ne résulte que d'une inscription sur les registres des hypothèques (*i*). Un contrat sur l'inscription d'un immeuble déterminé est un titre pour requérir cette inscription. Un contrat qui constitue en général un droit de gage sur l'ensemble d'un patrimoine ne confère pas le droit de prendre cette inscription sur des biens individuels qui le composent (*k*). — Pour les meubles, le droit réel de gage ne résulte que de leur tradition (*l*); un contrat qui constitue comme gages des meubles déterminés est un titre pour en obtenir la tradition (*m*).

Ainsi, lorsque dans un pays régi par le droit romain il intervient un contrat de gage exprès ou tacite, les biens du débiteur situés en Prusse ne font pas partie du gage. Ce contrat peut tout au plus servir de titre pour obtenir l'engagement de ces biens au moyen de l'inscription sur les registres des hypothèques ou de la tradition, et cela sous les conditions spéciales dont j'ai

(*i*) A. L. R. I, 20, § 411, 412.

(*k*) Ibid., § 402, 403.

(*l*) Ibid., § 111.

(*m*) Ibid., § 109, 110. — Un contrat de gage général ne donne le même droit que dans les cas spéciaux où une caution peut être exigée. Ibid., § 112.

parlé tout à l'heure (notes *k m*). — Si, au contraire, il intervient en Prusse un contrat de gage relatif à des choses déterminées ou à l'ensemble d'un patrimoine, et que le débiteur ait des biens dans un pays régi par le droit romain, rien ne s'oppose à ce que ces biens soient considérés comme engagés valablement, puisque le droit romain ne subordonne la validité du gage ni au lieu où le contrat intervient, ni au domicile du débiteur. Ainsi donc la *lex rei sitæ* peut et doit recevoir son application (*n*).

Il ne nous reste plus qu'un cas à examiner. Quand dans un pays de droit romain un meuble est valablement constitué comme gage par contrat exprès ou tacite, et que plus tard il est transporté en Prusse, le droit de gage continue-t-il de subsister, de sorte que le meuble puisse être réclamé en justice contre tout possesseur, soit le débiteur, soit un tiers, et qu'il puisse être aliéné

(*n*) Voici ce qui résulterait de l'application littérale du A. L. R. Einl., § 28 : un Berlinois à Stralsund (où le droit romain est en vigueur) ne pourrait engager par simple contrat ses biens mobiliers, de manière que ce contrat fût valable à Stralsund (§ 366, *h*). L'absurdité de cette doctrine ressort de la supposition inverse : à Berlin un habitant de Stralsund pourrait engager par simple contrat ses biens mobiliers ; et ce contrat serait valable à Berlin. On trouverait difficilement quelqu'un pour approuver cette décision ; et néanmoins elle résulterait de l'application littérale du § 28.

par le créancier, si celui-ci en est devenu possesseur par une circonstance accidentelle et sans tradition? On pourrait être tenté de répondre affirmativement ; car il semble que le droit une fois acquis n'est pas modifié par le déplacement de la chose.

Néanmoins je pense que l'on doit répondre négativement. En effet, il ne s'agit pas ici d'un seul et même droit de gage qui s'acquiert différemment selon les pays, telle que serait la propriété qui partout est reconnue comme telle, soit qu'elle ait été acquise par simple contrat ou par tradition. Le droit de gage constitué par simple contrat et celui qui ne peut l'être que par tradition sont deux institutions entièrement différentes, n'ayant de commun que le nom et la généralité du but. Ainsi donc, lorsque le meuble dont il s'agit a été transporté en Prusse, et que le créancier prétend exercer un droit de gage constitué en pays étranger par simple contrat, il invoque une institution que ne reconnaît pas le droit prussien, ce qui en principe est inadmissible, comme on l'a vu plus haut (*o*). Au

(*o*) Voy. plus haut § 349, B. — La même opinion est soutenue dans les Ergänzungen zum A. L. R., von Gräff, etc., vol. I, p. 116. — Elle l'est également dans Wächter, II, p. 386, 388, 389, par rapport au droit du Würtemberg, qui sur ce point s'accorde avec le droit prussien. Wächter en donne pour motif qu'ici le droit de gage sur les meubles, quant à son ori-

contraire, le créancier qui en Prusse a reçu un meuble à titre de gage peut faire valoir son droit dans un pays de droit romain ; car il réunit toutes les conditions exigées dans ce pays pour la validité du gage.

Le rang à assigner aux créanciers ayant un droit de gage sur la même chose se règle d'après la *lex rei sitæ*. Cela peut se présenter surtout en cas de faillite ; j'y reviendrai plus bas (§ 374).

5) Ce que j'ai dit des droits réels établis par le droit romain ou modifiés par les législations modernes, s'applique également aux droits germaniques purs. Les fiefs et les substitutions se rattachent toujours à des immeubles déterminés, et par conséquent se règlent d'après le droit du lieu où sont situés ces immeubles.

Dans le cours de cette recherche j'ai traité en son lieu une question réservée plus haut (§ 344, *e*), celle de savoir quelle influence exerce sur le droit à appliquer le déplacement d'une chose mobilière faisant l'objet d'un droit réel.

La possession n'est pas au nombre des droits réels : néanmoins la question de savoir quel

gine et à sa durée, n'est reconnu que sous la forme de nantissement. Ce motif est au fond le même que celui donné par moi ; l'expression seule diffère.

droit local lui est applicable se place ici plus convenablement que partout ailleurs.

La possession étant de sa nature un rapport purement de fait (*p*), elle est nécessairement soumise au droit du lieu où est située la chose, mobilière ou immobilière. C'est donc exclusivement d'après ce droit que se juge la question de l'acquisition ou de la perte de la possession, c'est-à-dire de son existence, dans quelque but que soit posée la question et quel qu'en soit le résultat. Maintenant, à la possession se rattachent deux conséquences juridiques, l'usucapion et les interdits possessoires. La première n'a pas une nature indépendante; elle se confond avec la propriété, et, comme elle, appartient à la *lex rei sitæ* (§ 367, Num. 5). — Les interdits possessoires, comme seconde conséquence de la possession, rentrent dans les *obligationes ex delicto* (*q*); et dès lors ils se jugent d'après le droit du tribunal appelé à connaître du litige (*r*). Mais cette règle a moins d'importance qu'on ne pourrait le croire au premier abord. En effet, elle ne porte

(*p*) Savigny, Recht des Besitzes, § 5.

(*q*) Id., ibid , § 6, 37.

(*r*) Voy. § 374, C. Sans doute ce peut être le *forum rei sitæ*, qui pour les actions possessoires est toujours compétent, L. un. C. ubi de poss. (III, 16), Nov. 69, C, 1. Nais ce peut-être aussi le *forum domicilii* dans le cas où il diffère de celui *rei sitæ*, puisque l'on est libre de choisir l'un ou l'autre (§ 371, notes *n* et *p*).

que sur l'élément de délit contenu dans les actions possessoires, c'est-à-dire sur leur nature pénale, et c'est certainement un de leurs caractères juridiques les moins essentiels. Quant à l'élément principal de ces interdits, la question de l'existence et de la reconnaissance de la possession, le juge doit toujours la décider, ainsi que je le disais tout à l'heure, d'après la *lex rei sitæ*.

§ CCCLXIX. *Droit des obligations.* Introduction.

Les obligations de même que les droits réels font sortir la personne de sa personnalité abstraite, et la font entrer dans le domaine du droit local qui régit le rapport de droit (§ 345, 360, 366). Ici encore se représente la question de savoir quel est le véritable siége de l'obligation, l'endroit où elle est localisée dans l'espace; car ce siége de l'obligation, cet endroit une fois déterminé, nous saurons quelle est la juridiction spéciale appelée à en connaître, et le droit local auquel elle est soumise.

La réponse à cette question soulève plus de doutes et de difficultés pour les obligations que pour toute autre matière; et en voici les motifs.

D'abord, l'obligation a un objet d'une nature invisible, si on la compare au droit réel qui porte sur un objet matériel accessible à nos sens. Nous

devons donc commencer par donner un corps à cet élément invisible de l'obligation.

Ensuite l'essence de l'obligation est de se rapporter à deux personnes différentes : pour l'une, elle constitue une extension de la liberté, l'empire sur une volonté étrangère; pour l'autre, une restriction de la liberté, la soumission à une volonté étrangère (*a*). D'après lequel de ces rapports étroitement liés, quoique différents, devons-nous déterminer le siége de l'obligation? — Évidemment sous le dernier, car la nécessité d'un acte imposé à la personne du débiteur forme l'essence de l'obligation. Cela trouve une double confirmation, d'abord dans la grande influence que le lieu de l'exécution exerce sur la juridiction ; car l'exécution résulte principalement de l'activité du débiteur, tandis que le créancier n'agit pas, ou ne joue qu'un rôle accessoire et secondaire ; puis dans la relation intime existant entre le droit local et la juridiction toujours subordonnée à la personne du défendeur, qui est ici le débiteur.

Enfin, les obligations synallagmatiques présentent une difficulté particulière ; car les deux personnes y figurent comme débiteurs, quoique par rapport à des actes différents ; et ainsi la règle que nous venons d'établir sur la prédomi-

(*a*) Voy. Vol. I, § 56.

nance de la personne du débiteur paraît insuffisante. Mais dans toute obligation synallagmatique les dettes sont distinctes, et peuvent toujours être traitées séparément; or, cette division une fois opérée, rien ne nous empêche de déterminer, pour chacune de ces dettes, la juridiction et le droit local d'après la personne du débiteur. Cette distinction faite entre les dettes est même le point de vue primitif et naturel; leur réunion n'est qu'une déduction artificielle, justifiée d'ailleurs par la liaison intime des deux obligations. La vérité de cette doctrine se trouve confirmée par les usages des Romains, qui très-souvent formaient un contrat de vente, etc., au moyen de deux stipulations distinctes (*b*).

Au sujet des obligations nous retrouvons la relation qui existe entre la juridiction et le droit. Cette relation, déjà signalée plus haut (§ 360, Num. 1), nous offre ici des résultats plus féconds et plus importants qu'ailleurs, parce que la juridiction spéciale appelée à connaître de l'obligation est un sujet que le droit romain a soigneusement développé, tandis qu'il ne fait presque

(*b*) On doit reconnaître que dans beaucoup de cas cette distinction des deux parties d'une obligation synallagmatique, surtout en ce qui touche le droit local, peut soulever des doutes et amener des complications. Mais le principe n'en demeure pas moins vrai; aussi il est admis par d'autres auteurs pour plusieurs cas d'application. Voy. Wächter, II, p. 45.

aucune mention du droit local. Néanmoins les motifs décisifs pour la juridiction le sont également pour le droit local, puisque l'un et l'autre reposent également sur la soumission à deux branches différentes des pouvoirs publics locaux. Ainsi donc, d'après les décisions du droit romain sur la juridiction compétente pour connaître des obligations, nous pouvons déterminer avec certitude quel est le droit local applicable en cette matière.

La juridiction spéciale, de même que le droit local des obligations, repose sur une soumission volontaire (§ 360, Num. 2), qui dans la plupart des cas n'est pas exprimée formellement, mais qui résulte des circonstances, et dès lors peut être exclue par une déclaration contraire expresse (*c*). Ainsi donc les circonstances au milieu desquelles une obligation prend naissance peuvent déterminer chez autrui une attente précise et fondée en raison ; or, cette attente ne doit pas être trompée. Tel est le point de vue sous lequel nous devons envisager la juridiction et le droit local des obligations.

La soumission volontaire motive également la juridiction prorogée, ce qui lui donne de l'analogie avec la juridiction de l'obligation : néanmoins celle-ci a une nature plus objective, la

(*c*) L. 19, § 2, de jud. (V, 1) : « ... nisi alio loci, ut defenderet, convenit.

juridiction prorogée une nature plus subjective; car souvent elle n'est consentie qu'en vue d'un tribunal déterminé, et même en vue des magistrats qui le composent. Considérer la juridiction de l'obligation comme une pure application de la juridiction prorogée, comme une espèce du genre, est une théorie nullement fondée (*d*). L'intérêt propre de cette question tient à ce qu'en droit romain on n'est pas d'accord sur la question de savoir si la prorogation est rigoureusement obligatoire (*e*). Quant à la juridiction de l'obligation, elle est certainement obligatoire pour le défendeur; mais certainement aussi non obligatoire pour le demandeur, qui peut choisir entre cette juridiction spéciale et le *forum domicilii* du défendeur (*f*).

(*d*) Sur cette question Bethmann-Holweg, Versuche, p. 20, 27, 50, et Linde, Abhandlungen, vol. II, p. 75 sq., sont partagés d'opinion. Mais ce dernier se trompe évidemment quand pour les obligations il rejette non-seulement l'expression de juridiction prorogée, mais même la soumission volontaire, comme motif de cette juridiction. — Les principaux textes sur la juridiction prorogée sont : L. 1; L. 2, pr., § 1, de jud. (V, 1); L. 15, de jurisdict. (II, 1); L. 1, C., de jurisdict. (III, 13).

(*e*) D'après la L. 29, C., de pact. (II, 3) : elle paraît rigoureusement obligatoire et révocable d'après la L. 18, de jurisdict. (II, 1). Ce dernier texte suppose un *nudum pactum*, de sorte que la stipulation était obligatoire et non révocable comme le *pactum adjectum* joint à un *b. f. contractus* (Cato, de Re rust. 149). Voy. aussi Hollweg, Versuche, p. 12.

(*f*) Voy. § 371. Ainsi évidemment la juridiction spéciale

§ CCCLXX. *Droit des obligations. Juridiction de l'obligation.*

Auteurs :

Linde, Archiv für civilistische Praxis, vol. VII, p. 59-79 (1824).

Abhandlungen, vol. II, p. 75-121 (1829).

Bethmann Hollweg, Versuche, Num. I, p. 1-77 (1827).

Mühlenbruch, Archiv, vol. XIX, p. 337-384 (1836).

Albrecht, Programm über das Motiv des forum contractus. Würzbourg, 1845.

Nous avons posé plus haut (§ 369) trois questions entre lesquelles il y a corrélation intime : Où est le siége d'une obligation ? Où est la juridiction spéciale appelée à en connaître ? Où devons-nous chercher le droit local qui lui est applicable ? La première de ces trois questions a une nature théorique, et sert uniquement de base à la solution des deux autres : c'est pourquoi on

établie en matières d'obligations n'a pas pour but de favoriser le défendeur (comme le prétend Linde, Archiv. VII, p. 67), mais bien le demandeur. Elle facilite à ce dernier la preuve et l'exécution, quelquefois même la procédure ; car souvent il peut plaider devant le tribunal de son propre domicile, et non pas exclusivement devant le tribunal du domicile du défendeur.

peut la traiter en même temps que la seconde. Cette dernière, celle relative à la juridiction de l'obligation, a donné lieu en droit romain à de nombreuses décisions pratiques très-circonstanciées; aussi chez les auteurs modernes les divergences d'opinions portent moins sur le contenu des règles que sur leur classification et leurs motifs, c'est-à-dire qu'elles ont un caractère plutôt théorique que pratique.

La juridiction spéciale de l'obligation (ce qui coïncide avec le véritable siége de l'obligation) repose sur la soumission libre des parties, soumission résultant le plus souvent d'une déclaration de volonté non expresse, mais tacite, et qui dès lors est toujours exclue par l'expression d'une volonté contraire (§ 369). Nous devons donc rechercher sur quel lieu les parties ont dirigé leur attente, quel lieu elles ont envisagé comme siége de l'obligation; et c'est dans ce lieu que nous devons placer la juridiction spéciale de l'obligation, fondée sur la libre soumission des parties. Mais l'obligation en soi, c'est-à-dire le rapport de droit, étant une chose incorporelle, qui n'occupe pas de place dans l'espace, nous devons chercher dans son développement naturel des apparences visibles auxquelles nous rattachions la réalité invisible de l'obligation, afin de lui donner un corps.

Maintenant nous trouvons dans toute obliga-

tion deux apparences visibles qui peuvent nous servir de guides. En effet, toute obligation résulte de faits visibles, toute obligation s'accomplit par des faits visibles; les uns et les autres se passent nécessairement dans un lieu. Ainsi donc, pour déterminer le siége de l'obligation et la juridiction spéciale appelée à en connaître, nous avons à choisir entre le lieu où l'obligation prend naissance et le lieu où elle s'accomplit, entre son commencement et sa fin. Envisageant la chose d'une manière générale, auquel de ces deux termes donnerons-nous la préférence?

Ce ne sera point au premier, qui en soi est un fait accidentel, fugitif, étranger à l'essence de l'obligation comme à son développement et à son efficacité ultérieure. Si le lieu où l'obligation prend naissance avait, aux yeux des parties, une importance durable et qui dût s'étendre à l'avenir, cela ne résulterait certainement pas du seul fait de la passation de l'acte, mais de circonstances extérieures étrangères à ce fait, prouvant que l'attente des parties a été expressément dirigée vers ce lieu.

Il n'en est pas de même de l'accomplissement, qui appartient à l'essence de l'obligation. En effet, l'obligation consiste à rendre certaine et nécessaire une chose auparavant incertaine, et soumise au libre arbitre d'une personne. Or, la chose devenue ainsi nécessaire et certaine est pré-

cisément l'accomplissement de l'obligation ; c'est là-dessus que se concentre l'attente des parties : dès lors il est de l'essence de l'obligation que le lieu de l'accomplissement soit regardé comme siége de l'obligation, et que dans ce lieu se place la juridiction spéciale de l'obligation en vertu de la soumission libre. — Mais, avant d'entrer dans les détails de cette théorie, il est bon de jeter un coup d'œil sur les opinions généralement adoptées en cette matière par les auteurs modernes.

La plupart ont coutume de placer la juridiction spéciale de l'obligation dans le lieu où elle a pris naissance. Or, comme le plus souvent les obligations résultent de contrats, le lieu où est passé le contrat détermine la juridiction ; et ainsi s'explique la dénomination technique généralement adoptée, mais nullement justifiée par les sources, de *forum contractus* donnée à la juridiction spéciale de l'obligation. — Cette doctrine trouve une apparence de fondement dans certains textes de droit romain où une interprétation superficielle a méconnu le véritable rapport de la règle à l'exception, et pris comme point central des dispositions secondaires. Les erreurs pratiques auxquelles ce principe pouvait conduire ont été écartées par de nombreuses exceptions, mais qui en grande partie détruisent le principe lui-même, et ne lui laissent plus qu'une apparence de réa-

lité (*a*). — D'après ce que j'ai dit plus haut, cette doctrine doit être rejetée dans son ensemble parce qu'il lui manque une base solide, que peut seule fournir l'essence de l'obligation. Du reste, l'élément de vérité qu'elle contient sera dégagé dans la suite de cette discussion, et apprécié comme il doit l'être.

Des auteurs contemporains ont, au contraire, abandonné cette doctrine, et ils ont cherché à rattacher la juridiction de l'obligation au lieu de son accomplissement. Je me suis déjà déclaré comme partisan de ce principe en général. Mais la légitimité de ses conséquences dépend de la manière dont on détermine le lieu de l'accomplissement. D'abord cette détermination peut résulter de la volonté expresse des parties. Personne alors ne met en doute que la juridiction de l'obligation ne soit dans le lieu que les parties ont désigné; mais ce cas ne se présente que très-rarement. Nous devons donc chercher comment

(*a*) Voy. Vol. I, préface, p. XLI. — Ces textes sont : L. 3, de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 21, de O et A. (XLIV, 7), surtout la L. 19, § 2, de jud. (V, 1), qui au premier abord semble présenter la règle et l'exception l'une à côté de l'autre, et c'est ainsi que l'entendent ordinairement les auteurs modernes. Mais en réalité cette loi commence par établir une proposition générale en apparence, puis elle ajoute des restrictions qui conduisent le lecteur à tirer lui-même par voie d'abstraction la règle générale qu'elle n'exprime pas directement. Cette méthode est celle des jurisconsultes anciens.

en l'absence d'une désignation expresse il faut déterminer le lieu de l'accomplissement, et par là même la juridiction spéciale de l'obligation.

Voici sur ce point la théorie adoptée par plusieurs auteurs; en l'absence d'une volonté expresse des parties, la loi prononce. Ainsi donc il y a toujours pour chaque obligation un lieu d'accomplissement rigoureusement déterminé, ou par la volonté des parties ou, à son défaut, par la prescription de la loi. Dans l'un et l'autre cas la juridiction spéciale de l'obligation se trouve implicitement déterminée.

Cette théorie me paraît devoir être complétement rejetée; mais je n'entreprendrai de la combattre qu'après en avoir exposé une autre, qui peut se résumer en ces termes :

Le lieu de l'accomplissement est toujours déterminé par la volonté directe des parties; cette volonté peut être expresse ou tacite; dans les deux cas, elle détermine la juridiction spéciale de l'obligation, juridiction qui dès lors résulte toujours de la soumission libre (§ 369) (*b*).

Cette théorie diffère de celle que je condamne en ce que pour déterminer la juridiction elle

(*b*) Albrecht, p. 13-27, est au fond d'accord avec moi, et son exposé me semble tout à fait conforme aux principes. Néanmoins un peu plus loin (p. 28-35) il retombe dans la fausse doctrine dont j'ai déjà parlé, et sur laquelle je reviendrai plus bas (note *aa*).

substitue aux prescriptions de la loi l'accord tacite des parties.

Je passe à ses développements.

I) Le premier cas dont nous ayons à nous occuper est celui où, par une circonstance accidentelle, les parties ont désigné expressément le lieu de l'accomplissement. Ainsi, je suppose que dans un contrat relatif au payement d'une somme d'argent on nomme la ville où le payement doit s'effectuer. En pareil cas la juridiction spéciale de l'obligation ne peut se placer ailleurs que dans cette ville; les sources du droit le disent si clairement et sous tant de formes différentes (*c*), que jamais il ne s'est élevé un doute à ce sujet (*d*).

(*c*) L. 19, § 4, de jud. (V, 1); L. 1, 2, 3, de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 21, de O. et A. (XLIV, 7): « *contraxisse*... in eo loco *intelligitur* », C., 17, X, de foro comp. (II, 2). — Je citerai encore la L. 1, de eo quod certo loco (XIII, 4). En effet, quand ce texte dit que proprement (c'est-à-dire indépendamment de l'*actio arbitraria*) l'action ne peut s'exercer que dans le lieu où l'exécution a été convenue, il pose certainement comme règle que dans ce lieu l'action est recevable.

(*d*) Plusieurs auteurs ont obscurci ce point de vue véritable en représentant ce cas comme *forum solutionis*, et dès lors comme essentiellement distinct des cas suivants. D'autres (par exemple Linde, Abhandl., II, p. 112-114. Cf. Hollweg, p. 46) ont tiré de cette prétendue différence l'erreur pratique qu'à côté de cette juridiction il existe un second *forum contractus* au lieu où a été fait le contrat. A côté de cette juridiction spéciale il y a toujours sans aucun doute le *forum domicilii*, et le demandeur peut choisir l'un ou l'autre (§ 371).

Ce serait néanmoins renfermer ce cas dans des limites trop étroites, que de l'admettre exclusivement sous la forme de l'exemple cité tout à l'heure. Pour rendre la chose évidente, il est nécessaire de signaler la différence naturelle qui existe entre les actes susceptibles de devenir la matière d'une obligation. Plusieurs de ces actes et même le plus grand nombre sont de nature à pouvoir s'accomplir dans quelque lieu que ce soit. Tels sont les prestations personnelles, les travaux à exécuter sur une chose mobilière, la tradition de la possession d'un meuble, et surtout le payement de l'argent comptant. Pour tous ces actes le lieu de leur accomplissement ne peut être déterminé que dans la forme de l'exemple cité, c'est-à-dire par la désignation du lieu où ils doivent s'effectuer.

D'autres, au contraire, sont de leur nature si exclusivement liés à un lieu spécial, qu'on ne saurait les en séparer. Tels sont les travaux à exécuter sur un immeuble déterminé, la construction ou la réparation d'un édifice, la location ou la vente d'une maison ou d'un domaine rural. En effet, toute vente oblige le vendeur à délivrer la chose vendue (*e*). Or, la délivrance d'un immeuble n'est concevable que dans le lieu de sa situation (*f*). Ce serait donc une formalité oi-

(*e*) L. 11, § 2, de act. emti (XIX, 1).

(*f*) L'appréhension n'est possible que par la présence de celui

seuse et inutile, que de promettre par un contrat de vente que la remise de la maison vendue s'effectuera dans la ville où est située cette maison. Ainsi il n'y a aucun motif pour subordonner à cette formalité l'application de notre principe, et nous dirons que le lieu de l'accomplissement avec ses conséquences se trouve déterminé non-seulement par une désignation expresse, mais aussi par la nature même de l'acte, quand il n'y a pas d'autre lieu où il puisse s'effectuer (*g*). Il serait même inexact de n'admettre en pareil cas qu'une déclaration de volonté tacite. En effet, nous appelons de ce nom l'interprétation tirée d'un acte ayant un autre but que la déclaration de volonté, interprétation qui peut toujours être exclue par une déclaration contraire expresse (*h*). Mais quand on vend une maison, c'est-à-dire quand on promet de la livrer, la circonstance particulière que la délivrance se fera dans le lieu où la maison est située, se trouve immédiatement contenue dans la promesse même, puisque la délivrance est impossible ailleurs, et qu'une déclaration contraire sur cette circonstance accessoire serait une absurdité.

qui acquiert la possession (Savigny, Recht des Besitzes, § 15), tandis que l'ancien propriétaire peut être absent (ibid., p. 239).

(*g*) Bethmann-Hollweg, p. 47-50, est sur ce point d'un autre avis que moi.

(*h*) Voy. vol. III, § 131.

Je passe maintenant aux cas si nombreux et si variés où il n'existe pas pour l'accomplissement de l'obligation de lieu rigoureusement déterminé. Ces cas se rapportent donc à des actes qui de leur nature peuvent s'effectuer partout, et qui ne se rattachent pas nécessairement à un lieu déterminé; car le lieu de l'accomplissement se trouverait fixé comme on l'a vu plus haut. Pour tous ces cas, nous avons à rechercher en quel lieu doit s'effectuer l'accomplissement selon l'intention et l'attente des parties; c'est là que nous devrons placer le véritable siége de l'obligation et la juridiction spéciale, puisque l'attente résultant des circonstances implique une désignation tacite du lieu de l'accomplissement, et par là même la soumission volontaire du défendeur à la juridiction de ce lieu. Dès que nous admettons un consentement et une soumission tacite, la juridiction spéciale à établir d'après les considérations suivantes peut toujours être exclue par une déclaration contraire expresse (§ 369, *b*). Ce principe ne se trouve nulle part littéralement écrit dans le droit romain, mais toutes les décisions particulières des jurisconsultes romains s'y ramènent naturellement, et ne peuvent se ramener qu'à lui seul; ensuite il est intimement lié à la soumission volontaire, qui en cette matière est toujours la circonstance décisive.

Nous allons maintenant revenir aux faits qui

donnent naissance à l'obligation; et nous allons passer en revue les circonstances extérieures, d'où il résulte que les parties ont entendu placer l'accomplissement de l'obligation dans le lieu où elle a pris naissance. Lorsque dans cette recherche nous invoquons les décisions du droit romain, il n'y a rien là, au point de vue du droit commun, que de légitime et de nécessaire : néanmoins nous ne devons pas oublier quelle est la nature de ces décisions. Ce ne sont pas des prescriptions de droit positif, mais des indications générales propres à nous faire connaître l'intention vraisemblable et naturelle des parties, indications qui ne doivent pas nous empêcher d'avoir égard aux circonstances particulières de chaque espèce. Si donc ces circonstances motivaient une autre décision, ce serait se conformer à l'esprit de ces textes que d'en abandonner la lettre. Néanmoins nous aurons rarement occasion de mettre cela en pratique.

II) Pour placer dans tout son jour le premier des cas de cette espèce, il est nécessaire d'entrer dans quelques considérations sur les différents caractères et sur les apparences extérieures des actes qui donnent naissance aux obligations. La plupart des obligations résultent d'actes isolés et fugitifs. Ainsi le plus ordinaire de tous, le contrat, est quelquefois longuement préparé; mais sa réalisation est toujours instantanée, et elle

s'accomplit dans un temps à peine perceptible. Mais il y a d'autres obligations, plus rares il est vrai, qui résultent d'une activité continue du débiteur, activité qui se soutient toujours pendant un temps assez long, et s'exerce dans un lieu déterminé. Nous désignerons sous le nom général de gestion d'affaires cette espèce d'activité, qui dans un certain laps de temps engendre un plus ou moins grand nombre d'obligations particulières. Une revue sommaire des principaux cas de ce genre, tels qu'ils sont mentionnés dans les sources du droit, avec indication de la juridiction compétente, rendra la chose sensible (*i*).

Parmi ces cas figurent : la tutelle d'un impubère et toute espèce de curatelle, la gestion des affaires d'autrui, dans leur ensemble (mandat général) ou restreinte à une certaine classe, telle que la surveillance d'une fabrique, d'un commerce, etc., en vertu soit d'un contrat (mandat ou *operæ locatæ*), soit de la seule volonté du gérant (*negotiorum gestio*) (*k*); enfin la pro-

(*i*) L. 19, § 1, de jud. (V, 1); L. 36, § 1; L. 45, pr. eod.; L. 4, § 5, de ed. (II, 13); L. 54, § 1, de proc. (III, 3); L. 1, 2, C., ubi de ratiocin. (III, 21). — La soumission volontaire est expressément donnée comme motif au sujet de la *negotiorum gestio* dans la L. 36, § 1, de jud. (V, 1) : « non debet judicium recusare... cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit. »

(*k*) Cette catégorie ne comprend pas toutes les espèces de

priété d'une maison de banque ou de commission (*argentaria*). D'après cette énumération, on voit que la gestion de ses propres affaires ou des affaires d'autrui, en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, peut également motiver cette juridiction. La seule condition essentielle est qu'il existe une relation constante entre la gestion et une localité déterminée (*l*). Dans la plupart des cas cette juridiction spéciale est peu remarquée, parce que la gestion coïncide avec le domicile; mais elle peut en être distincte, et alors se montre l'efficacité de cette juridiction (note *l*).

Plusieurs auteurs ont voulu considérer cette juridiction toute spéciale sous le nom de *forum gestæ administrationis*, en la distinguant de ce qu'on appelle le *forum contractus*. C'est une erreur; car l'une et l'autre reposent sur le même motif, l'attente des parties que les obligations résultant de la gestion soient réglées dans la localité, attente que la nature durable de cette administration justifie suffisamment; car l'ensemble des obligations qui se rattachent à la gestion prend dans cette gestion une existence visible et s'y trouve comme incorporé. Si donc on

mandat ou de *negotiorum gestio;* car ils peuvent avoir pour objet une affaire isolée et passagère, dont on ne parle pas ici.

(*l*) L. 19, § 1, de jud. (V, 1) : « Si quis tutelam... vel quid aliud, unde obligatio oritur, *certo loci administravit*, etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere. »

veut en général conserver l'expression technique de *forum contractus*, il faut l'appliquer également à ce cas. Seulement on ne doit pas regarder comme le lieu où l'obligation prend naissance, celui où se fait le contrat d'où résulte l'acceptation de la gestion, ni celui où interviennent les différents actes de vente, payements, etc., qui constituent la responsabilité du *negotiorum gestor*. L'un et l'autre n'est ici que secondaire; et la gestion elle-même, comme ensemble persistant, doit être envisagée comme la base commune des diverses obligations qu'elle engendre (*m*). C'est au siége permanent de cette gestion que se rapportent la volonté, l'attente et la soumission libre des parties.

III) Il nous reste à parler des obligations qui n'ont aucun lieu d'accomplissement déterminé (Num. I), ou qui ne résultent pas d'une activité soutenue dans un lieu déterminé (Num. II). Toutes doivent donc avoir pour objets des actes qui peuvent s'effectuer partout, et pour causes, des actes isolés et fugitifs; car sans cela elles rentreraient dans une des catégories précédentes. Nous avons donc à rechercher sous quelles conditions les parties peuvent s'attendre à ce que le lieu où elles prennent naissance soit aussi le lieu où elles s'accomplissent, et par conséquent le véritable siége de l'obligation.

(*m*) Voy. Albrecht, p. 23.

Le premier cas que nous présente cet ordre d'idées est celui où un débiteur contracte une obligation dans son propre domicile. Par ce fait il se soumet à la juridiction de ce lieu comme juridiction spéciale de l'obligation. Au premier aspect il semble superflu et même contradictoire de considérer comme chose nouvelle, comme juridiction spéciale, la juridiction à laquelle cette personne est soumise d'une manière générale, et il semble qu'en pareil cas il suffirait de reconnaître l'application régulière du *forum domicilii*.

Mais l'importance pratique de cette distinction tient à la possibilité d'un changement. Ainsi, quand ce débiteur transporte ailleurs son domicile, quand il vient à mourir, l'ancien *forum domicilii* n'existe plus comme tel, mais comme juridiction spéciale de l'obligation il continue de subsister; il suit le débiteur dans son nouveau domicile, et en cas de mort il astreint l'héritier, lors même que celui-ci serait domicilié ailleurs (*n*).

(*n*) L. 19, pr. de jud. (V, 1); L. 2, C., de jurisdict. (III, 13). Cf. Bethmann-Hollweg, p. 24. — Cette proposition importante se rattache aux questions que je m'étais réservé § 344, *e*, de discuter plus tard. — C'est aussi par elle que s'explique la L. 45, de jud. (V, 1), relative à l'espèce suivante. Une femme, domiciliée à Rome, y contracte un emprunt. Elle meurt laissant pour héritière une fille domiciliée dans une province. Là les tuteurs sont condamnés au nom de leur pupille. Néanmoins, dit Ulpien, la *judicati actio* doit être reportée à Rome, puisque

Cette disposition particulière se fonde sur ce que le débiteur, en souscrivant l'obligation, a fait naître l'attente qu'il se soumettrait à ses conséquences dans ce lieu même (§ 369) : cette attente ne doit pas être trompée ; et si le débiteur reste toujours libre de changer de domicile, il n'en est pas moins tenu d'accomplir dans son ancien domicile les obligations qu'il y a contractées.

IV) Mais chacun peut aussi souscrire des obligations hors de son domicile, et les circonstances peuvent autoriser le créancier à croire que l'obligation s'accomplira dans le lieu où elle a pris naissance.

Cette attente est légitime quand un artisan entreprend, hors de son domicile, des travaux de son métier qui doivent durer un certain temps, et prend des dispositions de nature à faire supposer qu'il livrera ses marchandises dans le lieu où il les a vendues. Dans de semblables circonstances il se soumet pour cette obligation à la juridiction du lieu où intervient le contrat. C'est ce que décide expressément Ulpien ; mais il avertit que la juridiction compétente n'est pas toujours celle du lieu du contrat, et il cite comme exemple un voyageur qui fait un contrat en pas-

la défunte a constitué pour l'obligation la compétence de la juridiction de Rome,

sant dans une ville, et qui certainement n'est pas censé vouloir se soumettre à la juridiction de cette localité (*o*).

Au reste, la convention faite par un artisan est donnée ici seulement comme exemple, et non comme condition exclusive de la juridiction de l'obligation. Ainsi, quand un individu fait un contrat pendant une résidence hors de son domicile, on doit rechercher, d'après la nature du contrat, quelle a été la pensée vraisemblable des parties touchant son exécution. Lors donc qu'un fonctionnaire à raison de ses fonctions, ou un député à une assemblée législative, réside plusieurs mois dans une ville et y contracte des dettes pour les besoins journaliers de la vie, la juridiction spéciale de l'obligation n'est pas douteuse. Il faut en dire autant des dettes contractées dans le même but pendant un séjour aux eaux. S'il s'agissait, au contraire, d'affaires commerciales qui ne peuvent avoir leur développement qu'au domicile du baigneur, la juridiction de l'obliga-

(*o*) L. 19, § 2, de jud. (V, 1) : « ... durissimum est, quotquot quis navigans, vel iter faciens, delatus est, tot locis se defendi. At si quo constitit, non dico jure domicilii, sed tabernulam... officinam conduxit, ibique distraxit, egit : defendere se eo loci debebit. » L. 19, § 3, eod. — La L. un., C., de nund. (IV, 60), dénie le *forum contractus* pour ceux qui ont fait, comme voyageurs, quelques achats dans un marché public, et non pour ceux qui se trouvent dans les circonstances énumérées plus haut par Ulpien.

tion ne serait pas au lieu du contrat (*p*). Comme en pareille matière tout dépend de l'intention vraisemblable des parties, un séjour très-court suffit quelquefois pour établir la compétence de la juridiction locale. Ainsi, un voyageur qui refuse de payer son mémoire dans l'hôtel qu'il habite peut être poursuivi devant le tribunal du lieu; car, d'après les usages généralement adoptés, le créancier a dû compter sur un payement immédiat. Tout dépend donc du rapport qui existe entre la nature, la durée de la résidence et le contenu de l'obligation.

Si l'on compare les règles établies jusqu'ici (Num. II. III. IV) à la doctrine que j'ai exposée et condamnée plus haut, on remarque les différences suivantes. Cette doctrine considère le lieu du contrat en soi comme fondement de la juridiction de l'obligation (sauf des exceptions); pour moi je fais dériver la juridiction, non du contrat en soi, mais en y rattachant les circonstances qui le motivent et le précèdent (*q*).

(*p*) Bethmann-Hollweg, p. 24, 25. Cf. Seuffert, Archiv, vol. II, n. 119.

(*q*) Mühlenbruch apprécie sainement et avec beaucoup d'intelligence pratique les cas énumérés sous le num. IV (p. 355-357, 360-361, 365-373), mais il se trompe en théorie en leur donnant pour base un quasi-domicile ou domicile temporaire, et en les rattachant ainsi au cas du num. III. Ce rapprochement est forcé et stérile.

V) Enfin, il nous reste à déterminer le siége de l'obligation pour les cas où manquent les signes caractéristiques énumérés ci-dessus, c'est-à-dire où il n'existe pas de lieu d'accomplissement déterminé (Num. I), et où les circonstances accessoires du contrat ne permettent pas de croire que les parties aient voulu placer l'exécution de l'obligation dans le lieu où elle prend naissance (Num. II. III. IV). Ici se représente notamment le cas cité par Ulpien d'un voyageur qui fait un contrat dans une ville où il réside passagèrement (note *o*). En l'absence de toute indication d'un lieu d'exécution, il faut admettre que le débiteur accomplira l'obligation en son domicile, où il doit toujours revenir. Ainsi donc ce cas se juge précisément comme si le débiteur eût fait le contrat, non en voyage, mais dans son propre domicile (Num. III).

Ce cas se présente le plus souvent sous la forme suivante, qui demande encore quelques explications à cause de la nature équivoque du contenu de l'obligation. Quand le propriétaire d'une fabrique ou d'une maison de commerce voyage ou fait voyager un agent, afin de recevoir des commandes et de s'engager en conséquence à livrer des marchandises, il peut s'élever des doutes sur la question de savoir en quoi consiste l'obligation qu'il contracte, et par conséquent où l'on doit placer le lieu de l'accomplissement.

En effet, la livraison est un acte complexe, qui exige un certain laps de temps. D'abord les marchandises sont expédiées par le vendeur, puis elles restent quelque temps en route, et enfin elles arrivent en la possession de l'acheteur. Ici l'on pourrait regarder comme contenu véritable de l'obligation ou l'envoi des marchandises, de sorte que leur réception ne serait qu'une conséquence ultérieure de l'exécution déjà parfaite, ou la réception, de sorte que l'envoi ne serait qu'un fait préparatoire de l'exécution réelle. Dans le premier cas l'obligation s'accomplirait au domicile du vendeur; dans le second, au domicile de l'acheteur. De ces deux points de vue lequel est conforme aux principes généraux du droit? Suivant moi, c'est le premier, d'après lequel l'envoi constituant l'exécution réelle, l'accomplissement de l'obligation se place au domicile du vendeur. Cela me semble confirmé par deux prescriptions du droit romain. D'abord la perte de la chose par cas fortuit est aux risques de l'acheteur du moment où la vente est conclue, c'est-à-dire avant que la propriété ait été acquise par tradition (*r*). Ensuite, en règle générale, quand la livraison d'une chose mobilière a été promise, cette livraison ne peut être exigée que dans le lieu où se trouve la chose (*s*). — Ce prin-

(*r*) § 3, J. de emt. (III, 23).

(*s*) L. 12, § 1, depos. (XVI, 3). Ce principe sera développé

cipe est reconnu par le droit prussien d'une manière encore moins douteuse ; car non-seulement l'expédition met la chose aux risques de l'acheteur, mais elle lui transfère la propriété, pourvu néanmoins que l'acheteur ait réglé le mode de l'expédition, ou qu'il l'ait approuvé par son silence (*t*).

Je pense qu'il faut ranger dans la même catégorie le cas de la L. 65 de judiciis (V. 1), celui où un futur époux fait relativement à la dot un contrat écrit hors de son domicile, par exemple au domicile de la fiancée ou de son père. L'action en restitution de la dot, dit Ulpien, s'exercera, non dans le lieu où est intervenu le contrat dotal, mais au domicile du mari. Là, en effet, est le siége du mariage, là réside la dot ; et c'est là que l'on a dû compter que s'opérerait sa restitution.

Pour que l'on puisse mieux saisir l'ensemble de cette matière, je résumerai brièvement les règles que je viens de développer sur la juridiction spéciale de l'obligation. Voici où elle se place dans les cas suivants :

I) Dans le lieu où doit s'accomplir l'obligation

plus loin. C'est en en faisant l'application que Thöl, Handelsrecht, § 78, notes 5, 6, décide que la livraison d'une marchandise doit se faire régulièrement dans le lieu où le vendeur a ses magasins.

(*t*) A. L. R. I, 11, § 128-133.

d'après la volonté spéciale des parties, soit que cette volonté résulte d'une déclaration expresse, ou de la nature des actes qui accompagnent l'obligation, et ne permettent pas qu'elle s'accomplisse ailleurs.

II) En l'absence d'un lieu fixé pour l'exécution, la juridiction peut résulter de ce que l'obligation prend naissance dans un lieu où le débiteur a le siége de ses affaires.

III) La juridiction est ensuite déterminée par le lieu où l'obligation prend naissance, quand ce lieu coïncide avec le domicile du débiteur.

IV) Indépendamment du domicile du débiteur, le lieu où l'obligation prend naissance détermine la juridiction, quand, d'après les circonstances, ce lieu est aussi celui où les parties ont dû compter que l'obligation recevrait son accomplissement.

V) En l'absence de toutes les conditions qui précèdent, la juridiction de l'obligation est au domicile du débiteur.

Bien que ces différents cas semblent constituer autant d'espèces diverses que ne réunit aucun lien nécessaire, ils peuvent tous néanmoins se ramener à un principe commun. Partout le lieu de l'accomplissement détermine la juridiction spéciale, soit qu'il se trouve fixé par la volonté expresse (Num. I) ou par l'attente tacite des parties (Num. II-V), et partout nous devons

admettre que le défendeur s'est soumis volontairement à cette juridiction, tant qu'il n'existe pas de déclaration contraire expresse.

En commençant l'exposé de ma théorie, j'en ai indiqué une autre en partie semblable (p. 208), sur laquelle je reviens maintenant pour en faire l'examen et la critique. Cette autre théorie poussée à ses dernières conséquences peut se résumer ainsi. Pour chaque obligation il existe un lieu déterminé où elle doit recevoir son exécution. Ce lieu peut être fixé par la volonté des parties; à défaut de cette fixation, la loi le désigne. Dans l'un et l'autre cas la juridiction de l'obligation est au lieu où l'obligation s'accomplit.

Toute cette théorie repose sur l'assertion qu'il existe pour chaque obligation un lieu légal d'accomplissement. Commençons donc par apprécier la valeur de cette assertion. On pourrait concevoir que, d'après une disposition de la loi, toute obligation dût s'accomplir dans le lieu où elle prend naissance; le *forum contractus* se trouverait alors établi dans ce sens littéral que le lieu du contrat serait désigné comme lieu de l'exécution (*u*), et nous aurions là un système bien lié

(*u*) C'est ce que Linde (Archiv, p. 61-63, 75) admettait anciennement. Plus tard il a douté de ce principe (Abhandlungen, II, p. 111). On verra tout à l'heure qu'il le maintient en partie.

dans toutes ses parties. Mais il n'existe sur le lieu légal de l'accomplissement ni cette règle ni rien de semblable. La règle véritable, au contraire, est qu'en l'absence d'un lieu d'exécution fixé par le contrat, le débiteur doit exécuter l'obligation là où il est assigné (*ubi petitur*) (*v*); de sorte qu'il dépend du demandeur de choisir le lieu où il exige l'exécution, en supposant naturellement qu'il y trouve une juridiction à laquelle le défendeur soit tenu de se soumettre. Ainsi, tandis que, d'après cette théorie, le lieu légal de l'accomplissement détermine la juridiction; dans la réalité, au contraire, le lieu légal de l'accomplissement est déterminé par toute juridiction compétente qu'il plaît au créancier de saisir. Or, en droit romain, tout débiteur était justiciable du *forum originis* et du *forum domicilii*, qui pouvaient être très-différents l'un de l'autre; il pouvait même être citoyen de plusieurs villes, et avoir dans plusieurs villes un véritable domicile. Le demandeur était donc libre de choisir entre ces divers lieux celui où il voulait intenter son action, et le lieu où il l'intentait était le lieu légal de l'accomplissement. On voit que cette théorie renverse le rapport réel des choses; car, d'après les vrais principes du droit romain, le lieu de l'accomplissement ne

(*v*) L. 1, de ann. leg. (XXXIII, 1); L. 38, de jud. (V, 1); L. 47, § 1, de leg. 1 (XXX, un.); L. 4, de cond. trit. (XIII, 3); L. 22, de reb. cred. (XII, 1).

détermine pas la juridiction, c'est au contraire de la juridiction qu'il dépend.

Si cette règle de droit romain était unique et absolue, on n'aurait pu commettre une interversion aussi évidente, et l'erreur que je viens de signaler aurait trouvé peu de partisans; mais il existe en droit romain une restriction à la règle, et cette restriction a causé toute la méprise. Voici maintenant l'état réel des choses dans leur ensemble le plus complet.

Sans doute chaque créancier peut exiger une prestation partout où il trouve une juridiction à laquelle soit soumis le débiteur. Mais quand il s'agit d'une chose mobilière déterminée, d'une *certa species*, on accorde au débiteur la faculté de pouvoir se libérer en livrant la chose dans le lieu où elle se trouve accidentellement; c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu de la transporter à ses frais, risques et périls, dans le lieu où l'action est intentée. Seulement il perd ce privilége si l'éloignement de la chose n'est pas l'effet d'un cas fortuit, mais d'une manœuvre frauduleuse. Ensuite, cette faculté n'existe pas pour toute espèce de dettes, mais seulement pour les actions résultant des contrats *bonæ fidei* (*w*), ou pour la délivrance d'un legs (*x*); ainsi notamment elle ne

(*w*) L. 12, § 1, depos. (XVI, 3).
(*x*) L. 38, de jud. (V, 1); L. 47, pr., § 1, de leg. (XXX, un.).

s'applique pas aux condictions fondées sur une stipulation (*y*). D'un autre côté cette règle s'applique aussi aux actions *in rem*, notamment à l'action de la propriété et à l'action *ad exhibendum*, qui toutes deux sont arbitraires (*z*).

Si l'on envisage cette prescription exceptionnelle, ainsi que je viens de la décrire, comme une simple faveur accordée au débiteur d'après des motifs d'équité, on voit qu'elle n'a rien de commun avec le lieu de l'accomplissement, ni avec la juridiction qui devrait en être la conséquence, puisque ce sont là des prescriptions auxquelles le débiteur ne peut se soustraire. La vérité de cette interprétation ressort du seul fait que le dol du débiteur exclut la règle exceptionnelle, exclusion qui n'aurait pas de sens, si cette règle exceptionnelle n'était pas une faveur

On peut s'étonner de voir l'action personnelle en réclamation de legs assimilée aux *b. f. actiones*, puisque cette action était une condiction (Voy. Vol. V, p. 540). Vraisemblablement les textes originaux ne parlaient que du *sinendi modo legatum*, legs qui jouissait de cette faveur, et qui sous d'autres rapports est assimilé par Julien aux fidéicommis et traité avec beaucoup de liberté (Gajus, II, § 280). Du reste, cette difficulté est tout à fait en dehors de la question qui nous occupe.

(*y*) L. 137, § 4, de V. O. (XLV, 1) : « ... ut sic non multum referre videatur, *Ephesi daturum se*, an (quod Ephesi sit, cum ipse Romæ sit) *dare* spondeat... »

(*z*) L. 10, 11, 12, de rei vind. (VI, 1); L. 38, in f. de jud. (V, 1); L. 11, § 1, ad exhib. X, 4).

accordée au débiteur. Ainsi donc les partisans de la doctrine que je combats se trompent lorsqu'ils voient dans cette règle un lieu légal d'accomplissement, et qu'ils prétendent établir ainsi une juridiction spéciale de l'obligation, dans le lieu où une chose mobilière se trouve par cas fortuit (*aa*). Enfin, cette dernière conséquence, et c'est ici le point essentiel, doit être absolument rejetée, par cela seul qu'elle constituerait pour les actions personnelles un *forum rei sitæ*, ce que personne ne sera tenté d'admettre.

Voici encore un argument invoqué par les adversaires. En matière de *fideicommis* (et par là il faut certainement entendre le *fidei commissum hereditatis*), des considérations d'équité ont fait établir que l'héritier chargé de restituer n'était tenu d'opérer la restitution que dans le lieu où se trouve la majeure partie des biens de

(*aa*) Linde, Abhandlungen, II, § 118; Albrecht, p. 29-32. Ce dernier attache à tort de l'importance à ces expressions : « ibi *dari debet*, ubi est » de la L. 38, de jud. (V, 1). D'après l'ensemble du texte cela signifie : « Il n'est tenu de livrer que dans ce lieu, » comme le prouvent les exceptions qui viennent ensuite ; ainsi il ne doit pas supporter les frais de transport : « nisi dolo malo heredis subductum fuerit, tunc enim ibi dari debet, ubi petitur. » — C'est ainsi que nous voyons dans la L. 38, de jud. (V, 1) : « per in rem actionem... ibi *peti debet*, ubi res est. » Et néanmoins le demandeur a toujours le choix entre le *forum rei sitæ* et le *forum domicilii*. Bethmann-Hollweg, p. 70.

la succession, ce qui constitue dans ce lieu une juridiction spéciale (*bb*). Il en est de même, et par les mêmes motifs, lorsque l'héritier grevé de restitution est actionné par un créancier de la succession (*cc*). On a rattaché ces prescriptions toutes positives sur la juridiction, à la règle mentionnée plus haut sur la délivrance des choses mobilières dans le lieu où elles se trouvent, et de là on a faussement conclu à l'existence d'une juridiction spéciale pour les choses mobilières (*dd*).

Mais c'était une erreur beaucoup plus grave que de faire servir ces prescriptions très-arbitraires à l'établissement d'une règle générale de droit sur la juridiction des obligations. Ces prescriptions sont des prescriptions isolées et toutes positives, ainsi que le prouve l'indication si peu précise de *major pars hereditatis*, qui conviendrait mal à l'établissement d'une règle générale de droit, et l'ensemble du développement historique des substitutions, qui, protégées par une *extraordinaria cognitio*, ont été, bien plus que les obligations, soumises à l'influence de la législation (*ee*).

(*bb*) L. 50, pr. de jud. (V, 1); L. un., C., ubi fideicomm. (III, 17).

(*cc*) L. 66, § 4, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1).

(*dd*) Albrecht, p. 29.

(*ee*) Voy. Bethmann-Hollweg, p. 32-35, p. 48.

Digitized by Google

§ CCCLXXI. III. *Droit des obligations. Juridiction de l'obligation* (Suite).

Les règles sur la juridiction spéciale de l'obligation demandent encore quelques développements et quelques explications de détails. Je vais les présenter ici.

D'après une opinion autrefois très-répandue, et qui même sert de base à l'expression technique de *forum contractus*, la juridiction régulière est dans le lieu où intervient l'acte obligatoire, c'est-à-dire le fait qui donne naissance à l'obligation (§ 370). Cette opinion doit être rejetée, car la juridiction est déterminée non par l'acte obligatoire en soi, mais bien par les circonstances qui le motivent et le précèdent (p. 206). Cependant, même à ce dernier point de vue, l'acte obligatoire exerce toujours une grande influence sur l'établissement de la juridiction, et nous ne devons pas méconnaître l'intérêt que présente la question suivante : Quel est le véritable lieu d'un acte obligatoire? en d'autres termes : Où prend naissance une obligation? La réponse à cette question est souvent assez difficile; nous allons donc essayer de la faire relativement aux trois espèces d'actes obligatoires les plus importantes : les contrats, les actes unilatéraux licites, les délits.

A) Contrats. La plupart des contrats résultent du concours personnel des deux parties; alors le lieu où elles se trouvent en présence est en même temps celui où l'obligation prend naissance. Cette marche est la plus ordinaire et la plus simple, mais on peut s'en écarter de plusieurs manières.

D'abord une disposition législative ou la volonté des parties peut subordonner la validité du contrat à l'observation de certaines formalités, telles que une rédaction écrite, l'intervention d'un notaire ou bien d'un tribunal.

Le véritable lieu du contrat est alors celui où s'accomplissent ces formalités; car, avant cet accomplissement, aucune des parties n'était engagée (*a*).

Un cas plus fréquent et plus difficile est celui où le contrat se fait, non par les parties en personne, mais par l'intermédiaire d'un messager, ou par des actes signés en différents endroits, ou bien enfin par simple correspondance. Ici nous trouvons une grande divergence d'opinions. Ce cas renferme trois questions, bien que la plupart des auteurs ne les aient pas distinguées : Où le contrat est-il intervenu? Où se place la juridiction? Où se place le droit local? Sur la première question, je n'hésite pas à répondre

(*a*) L. 17, C., de fide instr. (IV, 21). Cf. Meier, p. 58.

que le lieu du contrat est celui où la première lettre a été reçue, et d'où a été expédiée la réponse affirmative; car là s'est exprimé l'accord des volontés. Celui qui a écrit la première lettre est donc censé s'être transporté chez l'autre partie et y avoir reçu son consentement (*b*). Cette doctrine a été adoptée par plusieurs auteurs (*c*); d'autres, au contraire, élèvent les objections suivantes : La réponse affirmative pouvait, disent-ils, être retirée avant de parvenir à son adresse, ou être annulée par une déclaration contraire; ainsi donc le contrat n'est parfait que dans le lieu où l'expéditeur de la première lettre reçoit la réponse et connaît le consentement de l'autre partie (*d*). Nous ne saurions admettre que l'on

(*b*) Ainsi quand il y a un messager, c'est dans le lieu où il reçoit l'adhésion que le contrat est réputé fait; quand il s'agit d'un acte signé par deux parties, c'est le lieu de la dernière signature; quand il s'agit d'une lettre de change, c'est le lieu où elle est acceptée ou endossée.

(*c*) Hommel, Obs. 409, n. 17, 18; Meier, p. 59 (tous deux au sujet de la question de savoir quel est le droit local applicable). Wening, Archiv f. civ. Praxis, vol. II, p. 267-271 (quoiqu'il ne parle que du *moment* où le contrat est parfait, sa décision s'applique également au *lieu*). Lauterbach, de nuncio, § 25 (Diss., t. III, n. 107), où l'on s'occupe directement du messager, mais la lettre est mise absolument sur la même ligne.

(*d*) Hert, de commeatu literarum, § 16-19 (Comment. vol. I, p. 243). Hasse, Rhein. Museum, II, 371-382; Wächter, Ar-

repousse les vrais principes en vue d'un cas aussi exceptionnel. Le plus souvent les deux déclarations se succéderont sans la moindre hésitation de ce genre; et si elle vient à se montrer, il faut, pour décider la question, avoir égard à une foule de circonstances particulières; de sorte qu'en pareil cas la règle tout à fait arbitraire que posent nos adversaires ne serait nullement suffisante (*e*).

Je passe à la seconde question : Où se place la juridiction de l'obligation, quand le contrat se fait par correspondance? On pourrait vouloir répondre, par analogie : Dans le lieu où la première lettre a été reçue, et suivie d'une réponse affirmative. Mais cela est absolument inadmissible (*f*). En effet, l'expéditeur de la première lettre peut tout au plus être assimilé à un voyageur; il ne peut certainement être censé avoir établi une résidence permanente au domicile de l'autre partie, et s'être ainsi soumis à la juridiction de cette localité (§ 370, *o*). Le contrat fait par correspondance doit être considéré pour chacune des parties comme fait en son domicile,

chiv, vol. XIX, p. 116. J. Voet, V, 1, § 37, ne s'explique pas très-clairement.

(*e*) Wening propose à ce sujet des règles pratiques. On pourrait s'appuyer ici des prescriptions sur une question analogue contenues dans le A. L. R. I, 5, § 90 sq.

(*f*) Tel est aussi l'avis de Mühlenbruch, p. 348, 351.

et comme soumis à la juridiction spéciale de l'obligation en soi (§ 370, Num. V); si néanmoins le contrat désignait un lieu d'exécution, la juridiction de l'obligation se trouverait par là même déterminée. — La nature particulière du contrat de change (note *b*) peut motiver de graves modifications à ces principes. Ainsi, dans la loi qui en Prusse sert d'introduction à la nouvelle loi sur la lettre de change en Allemagne (*g*), il est dit que non-seulement le lieu du payement et le domicile déterminent la juridiction, mais que tous les débiteurs d'une lettre de change peuvent être assignés devant le tribunal où est une fois portée l'action fondée sur cette lettre de change.

La troisième question, celle relative au droit local du contrat fait par correspondance, ne pourra être traitée que plus bas (§ 373).

B) Actes unilatéraux licites.

Ces actes sont soumis aux mêmes règles que les contrats, c'est ce que disent expressément les sources de droit (*h*), et déjà nous avons fait l'application de ce principe aux obligations importantes qui résultent d'une gestion d'affaires (§ 370, Num. II). Il y a cependant un cas qui demande une mention spéciale.

(*g*) § 5, Voy. Gesetzsamml., 1849, p. 50.

(*h*) L. 20, de jud. (V, 1). « Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est.... », expressions qui se rapportent sans aucun doute à la juridiction.

L'héritier qui accepte une succession se soumet par là même à diverses espèces d'obligations, notamment envers les créanciers de la succession et envers les légataires. Ces obligations sont désignées dans les sources comme des quasi-contrats (*i*). Plusieurs auteurs modernes ont conclu de là qu'il existe pour ce cas un *forum contractus*, les uns dans le lieu où la succession est acceptée, les autres dans le lieu où se trouve la succession, d'autres enfin au domicile du défunt (*k*). Nous devons rejeter leur doctrine, car cette espèce de juridiction n'a jamais existé. Seulement une prescription exceptionnelle et toute positive établit une juridiction spéciale pour les substitutions dans le lieu où se trouve la majeure partie de la succession (*l*). Les expressions des textes cités plus haut se rapportent uniquement au fait personnel de l'héritier qui s'oblige envers les créanciers et les légataires, et non à l'origine de l'obligation ni à sa nature juridique.

C) Délits.

La juridiction spéciale que constituent les dé-

(*i*) § 5, J. de obl. quasi ex contr. (III, 27); L. 3, § 3; L. 4, quib. ex caus. (XLII, 4); L. 5, § 2, de O. et A. (XLIV, 7); L. 19, pr. de R. J. (L. 17).

(*k*) Linde, Abhandlungen, vol. II, p. 101-109; Mühlenbruch, p. 379-382.

(*l*) Bethmann-Hollweg, Versuche, p. 32-35, p. 48. Cf. § 370, in fin.

lits est étrangère à l'ancien droit romain, elle ne date que du temps des empereurs (*m*). Mais depuis elle a été si généralement reconnue, que dans les lois elle est placée sur la même ligne que le *forum domicilii*, *contractus, rei sitæ* (*n*). — Cependant il ne faut pas voir dans cette juridiction une application particulière de la juridiction de l'obligation, de ce qu'on appelle *forum contractus* (*o*), car le *forum delicti* ne se fonde pas sur une présomption de soumission volontaire; aussi ne lui applique-t-on pas les restrictions établies pour la juridiction de l'obligation dont j'ai parlé plus haut (§ 370). La compétence du *forum delicti* n'est subordonnée ni au domicile ni à aucune circonstance extérieure autre que la perpétration même du délit. — Cette juridiction a donc une nature toute particulière; car elle ne repose pas sur une soumission volontaire, mais sur une soumission forcée, conséquence immédiate de la violation du droit, dont le délinquant s'est rendu coupable. — Au reste, la juridiction résultant du délit est aussi peu exclusive que celle qui résulte du contrat, et le demandeur est toujours libre de choisir entre cette juridiction spéciale et la ju-

(*m*) Bethmann-Hollweg, Versuche, p. 29, 52.
(*n*) Nov. 69, C., 1. — C., X, de foro comp. (II, 2).
(*o*) Le texte cité du droit canon les distingue expressément.

ridiction générale déterminée par le domicile du débiteur. Cela ressort de la mention expresse faite dans les lois citées (note *n*), et surtout de ce que cette juridiction spéciale n'a certainement pas été établie dans l'intérêt du défendeur, mais bien dans l'intérêt du demandeur (*o*[1]).

On a posé la question de savoir si la juridiction de l'obligation existe seulement pour les actions qui appartiennent au développement naturel de l'obligation, c'est-à-dire qui tendent à son accomplissement; ou si elle existe aussi pour les actions ayant un but contraire, c'est-à-dire la dissolution de l'obligation, ou l'annulation de tout ce qui a été fait en vertu de l'obligation. En principe cette première application de la juridiction, l'application restreinte, est seule admissible (*p*). La seconde, la plus étendue, n'a lieu que par exception dans les cas rares où la dissolution de l'obligation a la même origine que sa formation, c'est-à-dire quand cette dissolution résulte d'une clause accessoire du contrat (*q*).

La juridiction spéciale de l'obligation n'exclut

(*o*[1]) Linde, Lehrbuch des Prozesses, § 93, note 10.

(*p*) L. 2, C., ubi et apud quem (II, 47).

(*q*) Glück, vol. VI, p. 301-303. Cette application de la juridiction est formellement déniée par Linde, Archiv, vol. VII, p. 67-69.

pas la juridiction générale fondée sur le domicile; car le demandeur peut porter son action devant celle des deux qu'il lui plaît de choisir (*r*). Plusieurs prétendent à tort limiter cette faculté au cas où la juridiction résulte de ce que le lieu de l'accomplissement a été spécialement fixé. Mais, en réalité, que la juridiction résulte du contrat en soi (sans indication de lieu d'exécution) (*s*) ou d'une gestion d'affaires (*t*), le

(*r*) L. 19, § 4, de jud. (V, 1), (où l'on doit lire : *habeat* au lieu de *habuit*, Voy. Hollweg, p. 46); L. 1, 2, 3, de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. un., C., ubi conv. (III, 18), C., 17, X, de foro comp. (II, 2). D'après le droit romain le demandeur pouvait aussi se pourvoir devant le *forum originis* (§ 355).

(*s*) L. 2, C., de jurisdict. (III, 13). Dans les mots : « *ubi domicilium reus habet* », l'attention doit se porter non sur *domicilium*, mais sur *reus*. Ainsi il faut dire que le domicile du défendeur (non celui du demandeur) détermine la juridiction, comme l'indique le commencement du texte. Cela n'empêche pas que le demandeur ne puisse préférer le *forum contractus*, quand il en existe un.

(*t*) Ce que l'on appelle le *forum gestæ administrationis* n'a pas en général une nature particulière (§ 370, II). Aussi le droit de choisir est-il expressément reconnu dans le cas de l'*argentarius*, L. 4, § 5, de ed. (II, 13). Et précisément dans ce cas il a été dénié en invoquant la L. 45, pr., de jud. (V, 1). Mais dans cette loi « *conveniri* oportet » veut dire : il doit se laisser assigner. La bonne doctrine est soutenue dans Struben, Bedenken, III, 96; Gönner, Handbuch, vol. I, Abh. XI; la fausse doctrine a pour partisans Leyser, 73, 8; Weber, Beiträge, vol. II, p. 35; Linde, Archiv, vol. VII, p. 73.

droit de choisir attribué au demandeur n'en subsiste pas moins.

Dans l'origine, au contraire, on a soutenu que quand il y avait un lieu d'accomplissement fixé par une stipulation, le créancier ne pouvait exercer son action que dans ce lieu; car par cette stipulation spéciale il avait renoncé au droit de saisir la juridiction générale et personnelle du débiteur. Mais, comme cela pouvait mener à un complet déni de justice, si le débiteur avait la précaution de ne point paraître dans le lieu marqué pour l'exécution, on introduisit une action spéciale susceptible d'être portée devant la juridiction personnelle, toutefois en ayant égard à l'intérêt que peut présenter la différence du lieu de l'exécution (*u*). Ainsi donc, même en pareils cas, le droit du demandeur de choisir la juridiction se trouve établi au moyen de cette action.

(*u*) L. 1, de eo quod certo loco (XIII, 4). « Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad cum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare. » Ce que l'on dit ici de la stipulation s'applique à toute obligation où le lieu de l'exécution est déterminé, dès que cette obligation donne lieu à une condiction, telle que le prêt et le legs; quant aux *b. f. obligationes*, l'action résultant du contrat suffit pour donner cette faculté, L. 7, eod.

D'un autre côté, on ne doit point admettre, comme le prétendent plusieurs auteurs, que le demandeur ait droit de choisir entre la juridiction fondée sur une convention expresse, et celle qui résulterait d'une convention tacite sur le lieu de l'exécution (*v*); car la convention expresse implique nécessairement la négation d'une convention tacite.

La juridiction spéciale de l'obligation ne peut s'exercer que si le débiteur se trouve dans l'étendue de son ressort, ou s'il y possède des biens, auquel cas la *missio in possessionem* fournit contre lui un moyen de contrainte. Cette condition alternative n'est pas douteuse, d'après l'ancien droit romain (*w*). On pourrait la regarder comme abolie par une loi de Justinien (*x*). Mais cette loi est conçue en des termes si généraux et si vagues, elle distingue si peu les diverses espèces de juridiction, qu'on ne saurait

(*v*) De sorte que le demandeur pouvait, suivant sa convenance, constituer comme *forum contractus*, soit le lieu fixé pour l'exécution, soit le lieu où avait été fait le contrat (§ 370).

(*w*) L. 1, de eo quod certo loco (note *u*) : « ... si nunquam accederet. » L. 19, pr., de jud. (V, 1) : « si ibi inveniatur. » § 1, eod. : « si non defendat... bona possideri patietur. » La L. 2, C., ubi in rem (III, 19), en dit autant pour le *forum rei sitæ*.

(*x*) L. 69, C., 1, 2.

lui attribuer avec certitude l'intention de changer le droit antérieur. Aussi une décrétale n'y a-t-elle eu aucun égard, et, s'attachant exclusivement à l'ancien droit romain, elle en a même reproduit les expressions (*y*). La jurisprudence des temps modernes s'est prononcée en faveur de cette doctrine (*z*), de sorte que la juridiction de l'obligation ne peut être établie contre un absent sur la simple réquisition d'un tribunal étranger. — Au reste, il faut reconnaître que cette condition restrictive ôte à la juridiction spéciale de l'obligation une grande partie de son importance.

La juridiction de l'obligation, comme l'on devait s'y attendre, revêt dans les codes modernes les formes adoptées par la majorité des auteurs à l'époque de leur rédaction, et ces formes s'éloignent en partie du véritable droit romain,

(*y*) C., 1, § 3, de foro comp. in VI (II, 2) : « ... nisi inveniantur ibidem (Cf. note *w*) trahere coram se non debent invitos, licet in possessionem bonorum, quæ ibi habent, ... possint missionem facere. » Plusieurs auteurs expliquent ce texte d'une manière très-forcée en disant que le juge ne doit pas employer contre l'absent la contrainte directe, mais le faire requérir par son juge. Cocceji jus controv., V, 1, qu. 15; Glück, VI, p. 304; Linde, Archiv., VII, p. 69, 70.

(*z*) C'est ce que reconnaissent les adversaires eux-mêmes, Cocceji, l. c.; Glück, VI, p. 304-306; Linde, p. 69.

que le législateur croyait néanmoins reproduire. Ainsi le code prussien place la juridiction d'abord dans le lieu fixé pour l'accomplissement, et à son défaut dans le lieu du contrat (*aa*), sans égard aux conditions restrictives sous lesquelles seules le droit romain considère le lieu du contrat comme une circonstance décisive. La faculté de choisir la juridiction attribuée au demandeur y est aussi reconnue; et en même temps, d'après l'esprit de la pratique moderne note *z*), le défendeur n'est tenu de se soumettre à cette juridiction que s'il se trouve dans son ressort.

§ CCCLXXII. III. *Droit des obligations. Droit local.*

Si j'ai exposé avec tant de soin et de détails (§ 370-371) la théorie de la juridiction de l'obligation, c'est que seule elle nous fournit une base solide pour résoudre la question de savoir quel est le droit local appliquable aux obligations, car sur cette question le témoignage direct des sources nous manque absolument en droit romain. Ici le lien intime qui existe entre

(*aa*) Allg. Ger. Ordn., I, 2, § 148-152. Cette juridiction est aussi reconnue dans les traités faits avec plusieurs États voisins, par exemple Weimar, 1824, art. 29, Gesetzsammlung, 1824, p. 153.

la juridiction et le droit local se montre aussi fécond en résultats que fondé en principe; car la soumission présumée qui détermine à la fois le siége de l'obligation et la juridiction, doit déterminer également le droit local applicable (*a*).

Je n'hésite donc pas à reproduire la série de règles pratiques établies plus haut sur la juridiction (§ 370), comme communes à l'application du droit local. Voilà donc, suivant la différence des cas, où se place le droit local (p. 224, 225).

I) Quand il y a un lieu fixé pour l'accomplissement de l'obligation, dans le lieu de l'accomplissement.

II) Quand l'obligation se rattache à une gestion d'affaires entreprise par le débiteur, dans le lieu où est le siége permanent de cette gestion.

III) Quand l'obligation résulte d'un acte particulier fait par le débiteur en son domicile, dans le lieu où l'acte a été fait; de sorte qu'un changement ultérieur de domicile n'a ici aucune influence.

IV) Quand l'obligation résulte d'un acte particulier fait par le débiteur hors de son domicile, dans un lieu qui d'après les circonstances doit être aussi celui de l'exécution, dans le lieu où l'acte a été fait.

(*a*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 37, *b*, applique directement au droit local les textes de droit romain qui parlent de la juridiction.

V) En dehors de toutes ces hypothèses, au domicile du débiteur (*b*).

Jusqu'ici la détermination du droit local coïncide parfaitement avec celle de la juridiction, sauf néanmoins une différence importante : à côté de la juridiction spéciale de l'obligation subsiste toujours la juridiction générale du domicile, et le demandeur peut choisir l'une ou l'autre, tandis que le droit local applicable ne peut être ainsi abandonné au choix d'une seule des parties, et il est toujours exclusivement déterminé, suivant les différents cas, ou par le lieu fixé pour l'exécution ; à défaut d'une semblable fixation, par le lieu où l'obligation prend naissance, ou bien enfin par le domicile du débiteur.

Toutes ces règles reposent sur la présomption que le débiteur s'est soumis volontairement à un droit local déterminé ; de là résultent plusieurs

(*b*) On pourrait croire que je m'appuie ici sur le principe que j'ai rejeté plus haut (§ 361, *g*), d'après lequel le droit local du domicile s'applique subsidiairement à tous les cas où un autre droit local n'est pas spécialement désigné ; mais on se tromperait. En effet, si je renvoie ici au droit du domicile, ce n'est pas parce qu'il n'y a point d'autre droit désigné, mais parce que, dans ce cas, les parties ont dû compter que l'obligation serait exécutée au domicile du débiteur, plutôt qu'en tout autre lieu. Or ce principe, n'étant qu'une application particulière de la règle générale sur le siége de l'obligation, est valable pour la juridiction (§ 370, num. V), ni plus ni moins que pour le droit local.

Digitized by Google

conséquences pratiques importantes que je vais énumérer.

A) Ce droit local cesse d'être applicable, quand il se trouve en contradiction avec une loi rigoureusement obligatoire établie dans le lieu où siége le juge appelé à prononcer (§ 349); car les lois de cette nature ne laissent aucune influence à la volonté libre des parties (*b*[1]).

B) Le droit local que déterminent les règles posées plus haut cesse également d'être applicable si la présomption de soumission volontaire est détruite par une déclaration contraire expresse (*c*).

C) Souvent on a dit que, quand il y avait plus d'un droit local réputé applicable en soi, on devait choisir celui qui assure le mieux le maintien de l'acte juridique (*d*). Ainsi généralisé, ce principe ne ressort pas du droit actuel, mais on pourrait juger à propos d'en faire une loi positive nouvelle (*e*). Néanmoins cette proposition

(*b*[1]) Voy. Wächter, II, p. 397-405; Fœlix, p. 145.

(*c*) L. 19, § 2, de jud. (V, 1): « ... nisi alio loci, ut defenderet, convenit... « Ce que l'on dit ici de la juridiction doit s'appliquer également au droit local, toutes les fois que sa détermination est abandonnée à la volonté des parties. Voy. § 369, *b*, et § 370.

(*d*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 37, notes *f*, *g*.

(*e*) Le code prussien (A. L. R. I, 5, § 113) n'en fait mention que dans un seul cas, celui où les formes légales sont différentes, et où le contrat se fait par correspondance.

est juste en un sens. Quand, d'après les règles posées plus haut, le contrat se trouve soumis à un droit local (celui du lieu de l'exécution, par exemple) qui le déclare nul, tandis qu'il serait valable d'après le droit du domicile, on ne saurait admettre que les parties aient voulu se soumettre à un droit local en contradiction directe avec leurs intentions (*e*[1]).

Si, d'après les principes que je viens d'établir, le siége de l'obligation et le droit local qui en dépend peuvent en général se déterminer avec certitude, on ne prétend pas que toutes les questions de droit qui peuvent s'élever à propos d'une obligation doivent être jugées d'après ce droit local. Ce point ne peut être éclairé que par l'étude approfondie de ces diverses questions de droit dans leur ensemble le plus complet (*f*); j'entreprendrai cette étude dans le cours de notre recherche (§ 374).

La doctrine que je viens d'établir sur le droit local, applicable aux obligations, diffère de celle

(*e*[1]) Ainsi entendu, le principe s'accorde avec une règle connue sur l'interprétation des actes juridiques équivoques. L. 12, de reb. dub. (XXXIV, 5).

(*f*) Leyser, 73, 3, Fœlix, p. 142-145, ont déjà indiqué que ces questions de droit particulières doivent être jugées de différentes manières. Je ne puis donc regarder ces auteurs comme nos adversaires; il s'agira uniquement de s'entendre sur la décision de ces diverses questions. J'ai déjà suivi (§ 367) la même marche au sujet de la propriété.

adoptée par les auteurs, en deux points capitaux.

D'abord, presque tous les auteurs rattachent l'application du droit local au lieu de l'acte obligatoire en soi, sans avoir égard aux conditions spéciales ajoutées par le droit romain (§ 370), bien que, en général, la plupart prétendent se conformer au droit romain. Cela est d'autant plus blâmable que ces conditions spéciales, qui donnent à la chose un aspect tout différent, ne reposent pas sur les prescriptions positives et arbitraires, mais sur des considérations puisées dans la nature des choses, sur les circonstances qui rendent vraisemblable ou invraisemblable la soumission volontaire à un droit local déterminé.

Ensuite on a souvent contesté le principe posé par moi, que la fixation d'un lieu d'exécution détermine en même temps le droit local applicable. Une partie des auteurs et même le plus grand nombre tombe d'accord avec moi sur ce point (*g*). D'autres, au contraire, prétendent que le droit local se détermine uniquement par le lieu de l'acte obligatoire; que la fixation d'un lieu d'exécution n'exerce ici aucune influence, puisque tous les textes du droit romain qui parlent de cette convention se rapportent exclusive-

(*g*) Christinæus, vol. I; Dec. 283, n. 8, 9; P. Voet., sect. 9, C., 2, § 12, 15; Mühlenbruch, Doctr. Pand., § 73, note 17; Fœlix, p. 142-145 Story, § 280-299.

ment à la juridiction et non au droit local (*h*).

Dans cette discussion tout dépend de l'interprétation des textes sur la matière. Pour que l'on en saisisse plus facilement l'ensemble, je vais les transcrire ici.

1) L. 6, de evic. (XXI, 2) : « Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet. »

2) L. 21, de oblig. et act. (XLIV, 7) : « Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit. »

3) L. 1, 2, 3, de reb. auct. jud. (XLII, 5) : « Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est — ubi domicilium habet — aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia. »

Voici comment les adversaires interprètent ces textes. Le premier, disent-ils, ne parle que du droit local, et il le considère comme uniquement déterminé par le lieu où intervient l'acte obligatoire (*in qua negotium gestum est*), ce qui exclut le lieu de l'exécution.

Le second et le troisième, au contraire, parlent de la juridiction et non du droit local : pour la juridiction, ils la déterminent d'après le lieu du

(*h*) Hert., § 10, ampl. 2 ; Meier, p. 57, 58 ; Wächter, II, p. 41-47.

contrat; et comme lieu du contrat ils désignent non pas celui de l'acte obligatoire, mais celui de l'exécution. Ainsi donc, concluent les adversaires, ces textes établissent une distinction bien marquée entre la juridiction et le droit local, et ils leur appliquent des règles toutes différentes.

Cette interprétation est spécieuse, mais nullement vraie. Sans doute le troisième texte parle de la juridiction et non du droit local; mais le second s'exprime en des termes si généraux, qu'il peut s'appliquer à l'un aussi bien qu'à l'autre. Si donc, comme je l'ai montré plus haut, il existe réellement un lien intime entre le droit local et la juridiction, nous devons rejeter toute différence pratique sur la solution de ces questions, tant qu'elle ne nous est pas prouvée par des témoignages positifs. Ces témoignages existent, dit-on, dans les textes cités; il s'agit donc maintenant de montrer par l'explication du premier texte, qu'il ne renferme pas ce qu'on prétend y trouver, c'est-à-dire un contraste pratique avec les deux autres.

Au sujet du premier texte, la L. 6 de evict., j'ai déjà fait observer plus haut que, proprement, il ne parle pas du droit local à appliquer, mais bien de coutumes de fait qui ne constituent pas des règles de droit (§ 356, *i*, *k*). Sans nous arrêter à cette objection, nous admettions volontiers qu'on peut faire pour notre question un usage indirect

de ce texte. En effet, la vraisemblance que les parties ont voulu tacitement se soumettre à certaines coutumes de fait, peut être invoquée pour établir leur soumission volontaire au droit de la même localité. Nous regarderons donc ce texte comme prononçant sur le droit local, et nous demanderons seulement pour quel lieu déterminé il se prononce. Par ces mots : *ejus regionis, in qua negotium gestum est*, il veut évidemment exclure un autre lieu. Maintenant quel est le lieu ainsi exclu? Pour mettre en évidence les diverses combinaisons possibles en pareille matière, je prendrai l'exemple suivant.

Deux habitants de Puteoli, dont l'un possède en cette ville un immeuble, se rencontrent aux bains de Baja, et ils font un contrat de vente relatif à cet immeuble. Plus tard s'élève un débat sur la garantie de l'éviction, et l'on demande quel est alors le droit local applicable? D'après le système des adversaires, ce doit être le droit de Baja (*regionis, in qua negotium gestum est*), non le droit de Puteoli, et c'est celui qui se trouve exclu par la décision du jurisconsulte. Je reconnais que l'ancien jurisconsulte peut avoir en vue le contraste résultant d'une espèce ainsi compliquée, et avoir voulu se prononcer sur ce point : mais le texte lui-même ne donne pas la moindre indication de tout cela ; et quand on l'examine sans prévention, on est conduit à

supposer l'espèce suivante, qui est beaucoup plus simple.

Les deux habitants de Puteoli ont fait leur contrat de vente dans cette ville même (*i*), et dans son territoire il existe sur les évictions une coutume particulière différente de celle adoptée ailleurs. Ainsi, tandis que la coutume générale oblige en cas d'éviction le vendeur à payer le double du prix de vente (*k*), la coutume de Puteoli fixe l'indemnité à une fois et demi ou à trois fois le prix de la vente. Le jurisconsulte décide qu'en pareil cas le vendeur ne payera pas l'indemnité usitée généralement, mais bien celle établie par la coutume du lieu, comme étant celle que vraisemblablement les parties avaient en vue. Supposons maintenant qu'on lui eût demandé son avis sur le cas où la vente aurait été faite non à Puteoli, mais à Baja (ce dont le texte n'offre pas d'ailleurs la moindre trace); sans doute il se serait encore prononcé pour la

(*i*) C'est ainsi que ce texte est entendu par C. Molinæus, Conclusiones de statutis, dans le Comm. in Codicem à la suite de la L. 1, C., de summa trin. (p. 6, 7, ed. Hanov. 1604, *f*). « quod est intelligendum non de loco contractus fortuiti, sed domicilii, prout crebrius usu venit, immobilia non vendi peregre, sed in loco domicilii. Lex autem debet adaptari ad casus vel hypotheses, quæ solent frequenter accidere : nec extendi ad casus raro accidentes. »

(*k*) L. 31, § 20, de ædil. ed. (XXI, 1); L. 2; L. 37, de evict. (XXI, 2).

coutume de Puteoli, parce que c'est à Puteoli et non à Baja que le contrat doit avoir son exécution; seulement il n'aurait plus alors employé l'expression : *in qua negotium gestum est*; car, appliquée à ce contraste, cette expression devrait presque nécessairement être mal entendue. — Si l'on adopte cette explication de notre texte, explication qui ne s'éloigne pas de sa lettre et n'exige aucune supposition extraordinaire, notre texte ne nous fournit aucun motif pour déterminer le droit local autrement que la juridiction.

§ CCCLXXIII. III. *Droit des obligations. Droit local* (Suite).

Nous allons maintenant examiner quelques questions secondaires, qui pour la plupart se rattachent aux questions traitées plus haut (§ 371), touchant la juridiction de l'obligation.

Souvent, en effet, le droit local, de même que la juridiction, dépend du lieu où l'obligation a pris naissance (§ 372, Num. III. IV), et dès lors la détermination exacte de ce lieu peut avoir une grande importance et quelquefois présenter des difficultés. Afin de les résoudre, nous allons poser différents cas et les examiner successivement, comme nous l'avons fait pour la juridiction.

A) Contrats.

Le cas le plus douteux et le plus contesté est

celui d'un contrat conclu par correspondance. On doit mettre absolument sur la même ligne le cas où un contrat résulte d'actes signés dans des lieux différents, ou de déclarations orales de volonté faites par l'intermédiaire d'un messager (§ 370, *b*). — Je ne puis que répéter ici ce que j'ai dit au sujet de la juridiction. Le contrat par correspondance est réputé fait dans le lieu où la première lettre a été reçue, et suivie d'une réponse affirmative. Si l'on ne devait pas avoir égard à d'autres circonstances, ce lieu déterminerait ainsi le droit local; et telle est effectivement l'opinion de plusieurs auteurs (*a*). Mais on doit la rejeter; car l'expéditeur de la lettre peut tout au plus se comparer à un voyageur qui se transporte momentanément auprès de l'autre partie pour faire le contrat; et lors même que le contrat se réaliserait, cette résidence passagère ne saurait fonder le siége de l'obligation avec ses conséquences juridiques.

Ainsi donc, en pareil cas, le droit local de l'obligation se détermine d'abord par le lieu de l'exécution, s'il y en a un de fixé; et s'il n'y en a pas, chacune des parties demeure soumise au droit de son domicile (*b*). — D'autres auteurs

(*a*) Hommel Rhaps., obs., 409, n. 17, 18; Meier, p. 59.

(*b*) Wächter, II, p. 45, admet en général le droit du domicile, sans égard au lieu de l'exécution.

n'adoptant aucune de ces opinions prétendent que le contrat fait par correspondance doit se juger d'après le droit naturel (*c*). Il est seulement à regretter que ces auteurs ne nous aient pas donné en même temps le traité de droit naturel dont ils demandent l'application. — Le code prussien ne s'occupe de notre question que pour le cas où il existe au domicile des deux parties un droit différent sur la forme du contrat, et alors il ordonne de suivre le droit qui assure le mieux le maintien du contrat (*d*). Quand il ne s'agit pas du maintien du contrat, mais du mode de son exécution, il est dans l'esprit du code d'appliquer à la dette de chacune des parties le droit de son domicile.

La lettre de change nous fournit l'application la plus importante de cette question. Suivant le principe que je viens d'établir, les obligations des souscripteurs d'une lettre de change devraient se juger d'après le droit du domicile de chacun d'eux. Mais les besoins particuliers de ce contrat peuvent justifier une disposition positive exceptionnelle. Voici ce que la nouvelle loi allemande sur la lettre de change ordonne par son art. 85 : Tout engagement résultant d'une lettre

(*c*) Grotius, De j. belli, L. 2, C. 11, § 5, n, 3; Hert. De commeatu literarum, § 16-19 (Comm. V, 1, p. 243).

(*d*) A. L. R. I, 5, § 113, 114.

de change se juge d'après la loi du lieu où est pris l'engagement. Si néanmoins la lettre de change, défectueuse d'après cette loi, était conforme à la loi allemande, les endossements postérieurs faits en Allemagne seraient valables. Est également valable la lettre de change faite en pays étranger par un national à un autre national, si elle est conforme aux prescriptions de la loi allemande (*e*).

B) Actes unilatéraux licites.

Dans cette catégorie se placent en première ligne les divers engagements qui résultent du droit d'action, notamment de la *litis contestatio* (l'introduction de la demande), de l'aveu judiciaire et du jugement. Les doutes et les divergences d'opinions qui existaient autrefois sur cette matière diminuent tous les jours ; et, conformément au vrai principe, on s'accorde à reconnaître que le droit local applicable est celui du tribunal de première instance, lors même que plus tard la question serait portée devant d'autres tribunaux (*f*).

Je fais observer néanmoins qu'il y a ici deux questions bien distinctes, malgré leur analogie, et dont je vais mettre le sens en évidence, en les

(*e*) Preuszische Gesetz-Sammlung, 1849, p. 68, L. A. L. R. II, 8, § 936-938, renferme des dispositions semblables.

(*f*) Huber, § 6; Meier, p. 29; Story, § 584, sq.

posant pour le jugement qui nous offre le cas principal d'application. La première question et sans doute la plus importante est celle de savoir si en général le jugement doit être reconnu ailleurs et même en pays étranger. La seconde question est relative au mode et aux conditions des effets du jugement, qui peuvent varier suivant les lois des différents pays. La plupart des auteurs ne s'occupent que de la première question. Mais celui qui admet l'autorité du jugement doit, par là même, appliquer aux modes de ses effets la loi du lieu où il a été rendu; car on ne doit vouloir faire l'application du jugement que dans le sens où il a été prononcé par le juge.

Ce contraste ressort de la rédaction de plusieurs traités faits par la Prusse avec des États voisins (*g*).

D'après la lettre de ces traités on pourrait croire que, si un jugement rendu à Weimar est produit devant un tribunal prussien, l'*exceptio rei judicatæ* doit être appliquée selon les règles du droit prussien sur cette exception, et non selon les règles du droit commun en vigueur à

(*g*) Traité avec Weimar, art. 3 (Voy. § 348) : « Un jugement rendu par un tribunal de l'un des deux États motive devant un tribunal de l'autre État l'exception de la chose jugée (*exceptio rei judicatæ*), avec les mêmes effets que si le jugement eût été rendu par un tribunal de l'État où l'exception est invoquée. » — Des conventions semblables existent avec plusieurs autres États voisins.

Weimar. Il est difficile de croire qu'on ait pensé à une distinction aussi délicate, d'autant plus que les négociateurs de ces traités n'ont certainement pas examiné les différences que peut offrir la théorie de l'*exceptio rei judicatæ*. Évidemment leur seule intention a été que l'exception de la chose jugée fût aussi certaine que si le jugement eût été rendu dans le pays, et que l'on ne pût pas objecter la qualité d'étranger du premier juge.

C) Délits.

Les lois et la pratique ne laissent aucun doute sur la compétence de la juridiction dans le lieu où le délit a été commis, bien que cette juridiction n'ait pas le même fondement que celle des autres obligations (§ 371, C). Quant au droit local, la règle est différente. Mais il convient mieux de rattacher ce sujet à un autre ensemble; c'est pourquoi je me réserve de le traiter plus bas (§ 374, C).

Les législations modernes ne renferment que des dispositions fort incomplètes sur le droit local de l'obligation. Le code prussien contient une prescription sur le contrat fait par correspondance (note *d*). Relativement aux poids, mesures et monnaies que peut désigner un contrat, il ordonne de suivre les usages du lieu fixé pour l'exécution (*h*). Cette règle ne se rapporte pas pro-

(*h*) A. L. R. I, 5, § 256, 257. — Koch, Preusz. Recht,

prement au droit local, mais à l'interprétation des contrats, ce qui n'est pas la même chose (§374, *f*); néanmoins, d'après l'esprit du code, je n'ai pas d'objection à étendre ce principe au droit local, en ce qui touche les effets des contrats; car il n'est pas présumable que le législateur ait pensé à cette distinction.

Le code autrichien s'attache principalement au lieu où se fait le contrat pour déterminer le droit local applicable, sauf l'exception toute naturelle pour le cas où il est établi que les parties ont voulu se soumettre à un autre droit local (*i*).

§ CCCLXXIV. III. *Droit des obligations. Droit local. Questions de droit diverses.*

Les règles établies jusqu'ici se rapportent au droit local de l'obligation en général. Mais j'ai déjà fait observer que ce droit local ne s'applique pas à toutes les questions de droit qui peuvent s'élever au sujet d'une obligation. Je me suis réservé d'examiner plus tard ces diverses ques-

vol. I, p. 133, dit avec raison qu'il faut appliquer le droit local auquel les parties ont voulu se soumettre; mais il ajoute, sans motif suffisant, que ce sera le plus souvent le *locus contractus*. Bornemann, vol. I. p. 65, est du même avis. — Je reviendrai sur la forme des contrats au sujet de la règle *locus regit actum*. Voy. aussi les textes cités note *e*.

(*i*) Oesterreichisches Gesetzbuch, § 36-37:

tions (§ 372, p. 248), c'est cet examen que j'entreprends.

A) La première de ces questions porte sur la capacité personnelle de celui qui figure dans une obligation comme créancier ou comme débiteur.

Or cette première question se juge précisément non d'après le droit local de l'obligation, mais d'après le droit en vigueur au domicile de la personne. Ce principe est absolu; car, si plusieurs auteurs établissent une distinction entre l'incapacité générale et l'incapacité spéciale d'agir, cette distinction n'est nullement fondée (§ 364).

Cela s'applique notamment, d'après le droit commun, à la capacité personnelle de faire une lettre de change, qui toujours se juge selon le droit en vigueur au domicile du signataire. Néanmoins on ne doit pas confondre l'incapacité personnelle de faire une lettre de change avec la non-reconnaissance de l'institution de la lettre de change dans un pays quelconque. En effet, on ne peut exercer utilement, dans un semblable pays, une action fondée sur une lettre de change valable en soi; mais réciproquement le droit de ce pays n'a aucune influence sur les lettres de change qui peuvent y être faites, et qui donnent lieu à une action partout où est reconnue l'institution de la lettre de change (§ 364).

B) Une autre question de droit porte sur l'interprétation des actes juridiques, notamment des

contrats qui donnent naissance à des obligations (*a*).

On peut, comme l'ont fait plusieurs auteurs, donner à cette question une extension telle qu'elle embrasse toutes les autres questions sur le droit local; car l'application de toute règle locale de droit à un contrat peut toujours être regardée comme sous-entendue dans le contrat par la volonté vraisemblable des parties. C'est cette espèce d'interprétation qui complète l'expression des volontés individuelles, et qui en général sert de base aux règles du droit supplétif (*b*). Mais généraliser ainsi la question de l'interprétation, c'est lui enlever toute signification propre. Pour lui en conserver une, il faut lui donner un sens plus restreint, et l'appliquer aux doutes que peuvent faire naître les expressions ambiguës du contrat. C'est là une question de fait, comme pour l'interprétation des lois. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de déterminer le véritable sens de la déclaration orale ou écrite (*c*). L'application du

(*a*) Auteurs sur cette question : Boullenois, t. II, obs. 46, dixième règle, p. 489-538. Story, § 272, sq., 280, sq.; Wächter, Archiv für civil. Praxis, vol. XIX, p. 114-125.

(*b*) Voy. Vol. I, § 16.

(*c*) Voy. Vol. III, p. 256. C'est pourquoi les jurisconsultes romains s'expriment ainsi : L. 34, de R. J. (L. 17) : id sequimur, quod *actum est*. » L. 114, eod. : « In obscuris inspici solere, *quod verisimilius est*, aut *quod plerumque fieri solet*. »

droit local est tout à fait étrangère à cette question ; mais souvent le langage local peut faire connaître la pensée de la personne auteur de la déclaration. Si maintenant on demande quel est le lieu dont le langage doit être pris en considération, les règles sur le droit local applicable ne peuvent nous servir de guides; et c'est à tort que plusieurs auteurs indiquent le lieu de l'origine ou de l'accomplissement de l'obligation, parce que souvent l'un ou l'autre détermine le droit local applicable.

Quand il s'agit d'un contrat fait par correspondance, le lieu dont le langage doit être pris en considération est celui où demeure l'auteur de la première lettre, non le lieu où elle a été reçue, bien que le contrat soit regardé comme conclu dans ce dernier lieu (p. 233) (*d*); car l'auteur de la lettre a dû avoir présent à la pensée le langage qui lui est familier.

Quand un contrat, soit verbal, soit écrit, se fait

(*d*) Wächter, p. 117. Il explique cette règle par l'exemple suivant. Une compagnie d'assurance de Leipzig avait dans ses statuts imprimés : Excepté le cas où le sinistre résulterait d'une émeute. Relativement à un incendie communiqué du dehors, s'élève la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer les notions juridiques sur l'émeute, qui varient suivant les lois des divers pays. Wächter décide avec raison que l'on doit se conformer au langage des lois saxonnes, sous l'empire desquelles ont été rédigées les conditions qui font la base du contrat d'assurance.

dans le domicile des deux parties, on doit sans contredit appliquer le langage du lieu. Il n'en est pas toujours ainsi quand l'une des parties n'a pas son domicile dans le lieu du contrat. On doit alors examiner, pour chaque espèce, s'il est vraisemblable que l'étranger qui figure dans un contrat ait connu le langage du lieu, et ait voulu se l'approprier (*e*).

D'après les mêmes motifs, quand il s'agit de l'interprétation d'un contrat, nous ne devons pas toujours prendre comme point de départ le langage usité dans le lieu fixé pour l'exécution, bien que le droit local de l'obligation soit toujours déterminé par le lieu de son accomplissement. Ici encore nous avons à rechercher si les parties ont connu le langage de ce lieu, et ont voulu se l'approprier. Sans doute il y a dans les contrats certaines parties pour l'interprétation desquelles nous devons généralement nous conformer au langage usité dans le lieu de l'exécution. Ainsi, lorsqu'un payement doit se faire dans un lieu étranger, quand on doit y livrer des marchandises à la mesure ou au poids, ou bien

(*e*) On pourrait opposer à cette décision la L. 34, de R. J. (L. 17) : id sequamur, quod in regione, *in qua actum est*, frequentatur. « Mais ce texte ne contient certainement aucune disposition arbitraire ; ainsi donc il suppose naturellement que les parties contractantes ont leur domicile dans cet endroit. Tel est aussi les ens de la L. 6 de evict. (XXI, 2); voy. § 372. *i*.

encore une quantité de terre déterminée par une mesure de superficie, et que les termes dont se sert le contrat pour désigner l'argent, le poids et les mesures, ont plusieurs significations, et expriment plusieurs valeurs ou quantités différentes, il faut se régler d'après le langage usité dans le lieu de l'exécution, non-seulement parce que les parties ont eu vraisemblablement en vue sa monnaie, ses poids et ses mesures, mais aussi parce que souvent il serait impossible d'exécuter le contrat avec une monnaie, des poids ou des mesures autres que ceux du pays (*f*).

On pourrait croire que ces règles sur l'interprétation des contrats sont en contradiction avec certaines prescriptions du droit romain, qui veulent que, dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui stipule, s'il s'agit d'une stipulation (*g*); contre le vendeur ou contre le propriétaire, s'il s'agit d'une vente ou d'un contrat de louage (*h*). On en donne pour motif que ces personnes pouvaient prévenir le doute par une rédaction différente, ce qui revient à dire que le doute est toujours imputable à leur négli-

(*f*) Boullenois, p. 496-498. Telle est aussi la disposition expresse des lois prussiennes. A. L. R. I. 5, § 256-257.

(*g*) L. 26, de reb. dub. (XXXIV, 5); L. 38. § 18; L. 99, pr. de V. O. (XLV, 1).

(*h*) L. 39, de pactis (II, 14); L. 21, 33, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 172, pr., de R. J. (L. 17).

gence ou même à leur mauvaise foi. Ce motif nous indique un cas tout différent de celui qui nous occupe. En effet, ces textes parlent formellement des expressions obscures et équivoques (*i*) : or les expressions dont il s'agit ici ne sont ni obscures ni équivoques en soi ; seulement elles ont, suivant les lieux, une signification différente, mais toujours claire et certaine.

La plupart des auteurs ont envisagé cette question de l'interprétation des contrats sous un point de vue différent, et ils l'ont ramenée aux principes du droit local. Ainsi l'on admet ordinairement que l'interprétation doit se faire d'après le langage usité dans le lieu du contrat ou dans celui de l'exécution, s'il y en a un de désigné (*k*). Plusieurs, au contraire, ont reconnu avec raison qu'il s'agit moins ici d'établir une règle de droit, que de rechercher pour chaque espèce l'intention véritable des parties, d'après les règles générales sur l'interprétation des contrats (*l*).

C) La validité des contrats dépend de diverses conditions, les unes relatives à la forme, les

(*i*) L. 39, de pactis (II, 14); L. 21, 33, de cont. emt. (XVIII, 1); L. 26. de reb. dub. (XXXIV, 5); L. 72, pr. de R. J. (L. 17).

(*k*) Ainsi, par exemple, Story, § 272, 280, et les auteurs qu'il cite.

(*l*) Ainsi, Boullenois, p. 494-498, et Wächter passim.

autres au fond du droit. Je parlerai plus bas des conditions de forme, en les rattachant à celles exigées pour d'autres rapports de droit, lorsque je m'occuperai de la règle *locus regit actum* (§ 381). Voyons maintenant d'après quelles règles se jugent les conditions de validité relatives au fond du droit.

Nous devons poser en principe que la validité de l'obligation dépend du droit local auquel est soumise l'obligation elle-même (§ 372), droit déterminé, suivant les différents cas, par le lieu de l'exécution, par celui où l'obligation prend naissance, ou par le domicile du débiteur. Cette règle souffre néanmoins exception toutes les fois que, dans le lieu où l'action est intentée, elle se trouve en contradiction avec une loi positive rigoureusement obligatoire.

Le principe que je viens d'établir est reconnu par la plupart des auteurs, sauf naturellement les différences d'applications qui tiennent aux divergences d'opinions sur la détermination même du droit local de l'obligation (*m*).

Cependant cet accord n'existe que pour le contraste de la validité absolue de l'obligation et de sa non-validité (de sa nullité). Mais entre ces deux extrêmes se placent beaucoup de cas in-

(*m*) Voet., Pand., IV, 1, § 29; Hert., § 66; Story, 332, sq.; Wächter, II, 397, 403, 404.

termédiaires, et les opinions sont très-partagées sur la question de savoir quel droit local leur est applicable.

D'abord se présentent les cas où l'obligation, quoique valide en soi, n'est pas protégée par une action (*naturalis obligatio*); puis, les cas beaucoup plus nombreux où l'action résultant de l'obligation se trouve repoussée par une exception péremptoire. Plusieurs auteurs, regardant les actions et les exceptions comme des institutions de procédure, ont voulu appliquer aux cas de cette espèce la loi du lieu où l'action est intentée (*n*). Mais cette opinion doit être entièrement rejetée. Toutes les règles qui nous occupent déterminent à quel degré et sous quelles formes la validité de l'obligation est incomplète (*o*), et elles portent sur le fond du droit, non sur la procédure, comme les règles relatives à la validité absolue ou à la nullité de l'obliga-

(*n*) Weber, Natürliche Verbindlichkeit, § 62, 95; Fœlix, p. 146.

(*o*) Voy. Vol. IV, § 202, 203. Je n'ai pas besoin de dire que cette règle s'applique uniquement aux exceptions basées sur le fond du droit (ainsi à toutes les exceptions péremptoires), et qu'elle ne s'applique pas aux exceptions fondées sur une simple prescription de procédure, dont la nature est toujours dilatoire Voy. Vol. V, § 227, p. 184-189. Pour ces dernières on suit certainement le droit du lieu où l'action est intentée, et peut-être la confusion de ces deux espèces d'exceptions a-t-elle contribué à l'établissement de la fausse doctrine.

tion (*p*). On ne saurait donc sans inconséquence appliquer à ces deux espèces de règles des principes différents, surtout quand il s'agit des législations modernes, où souvent manquent les définitions rigoureuses et les expressions techniques sur lesquelles seules cette distinction pourrait se fonder.

Le principe que je viens d'établir s'applique notamment à l'*exceptio non numeratæ pecuniæ;* car, si elle semble rentrer dans la procédure comme moyen de preuve spéciale, elle appartient en réalité au droit qui régit certaines espèces d'obligations. J'en dis autant de l'*exceptio excussionis*, et de celle qui résulte du *beneficium competentiæ*. — D'un autre côté, ce principe ne s'applique pas à l'*exceptio Sc. Macedoniani* et *Sc. Vellejani;* car elles ne résultent pas de ce que l'obligation est défectueuse en soi, mais de ce que les parties n'ont pas une capacité d'agir complète; et, comme tous les rapports de droit du même genre, elles doivent se juger d'après le droit en vigueur au domicile de la personne (§ 364).

Les actions qui servent à attaquer et à annuler une obligation se jugent, comme les exceptions, d'après le droit du lieu auquel l'obligation est soumise en général (*q*).

(*p*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 36, note *n;* Wächter, II, p. 401, 402.

(*q*) Ainsi, quand on attaque une obligation, on applique le

Je citerai comme applications de cette règle : la rescision d'une vente pour lésion de plus de moitié. — La rescision d'une vente en vertu de l'action rédhibitoire ou de l'*actio quanti minoris*. — Enfin toutes les restitutions contre un contrat obligatoire (*r*).

Parmi les exceptions dont je viens de parler, celle dont l'application est la plus générale et aussi la plus importante est l'exception de la prescription. Nous devons nous y arrêter; car elle a surtout donné lieu à de grandes divergences d'opinions, divergences dont j'ai déjà parlé à propos des exceptions en général, mais qui ont ici un caractère plus prononcé. Ainsi, quand dans le lieu fixé pour l'exécution, où se place le siége de l'obligation, la prescription diffère de celle établie dans le lieu où l'action est intentée, par exemple le domicile du débiteur, laquelle de ces deux prescriptions doit-on appliquer?

Plusieurs auteurs prétendent que les lois sur la prescription sont des lois de procédure, que

droit local de l'obligation d'une manière plus générale que quand il s'agit de la juridiction de l'obligation; car celle-ci n'a d'autre but que le maintien et l'exécution de l'obligation (§ 371).

(*r*) Même quand la restitution a pour motif la minorité; car, d'après le développement successif du droit romain, cette restitution est moins une pure conséquence de l'incapacité d'agir qu'une voie de droit annulant l'obligation comme telle (§ 365, B, 3).

dès lors elles s'appliquent à toutes les actions exercées dans les pays qu'elles régissent, sans égard au droit local de l'obligation (*s*).

D'après les vrais principes, ce n'est pas le droit du lieu où l'action est intentée, mais bien le droit local de l'obligation, qui détermine le temps de la prescription; et cette règle, établie plus haut pour les exceptions en général, s'adapte d'autant mieux à la prescription, que les divers motifs qui en font la base se rattachent à l'essence même de l'obligation (*t*). Aussi cette doctrine a-t-elle été de tout temps adoptée par un grand nombre d'auteurs (*u*).

(*s*) Huber, § 7; Weber, Natürliche Verbindlichkeit, § 95, p. 413, 419; Story, § 576, sq.; Fœlix, p. 147-149 (qui néanmoins ne s'explique pas nettement sur ce point). Weber ajoute une exception peu logique pour le cas où un débiteur quitte un lieu où la prescription est longue, et va établir son domicile dans un lieu où la prescription est courte. D'après Weber, la courte prescription ne commence à courir que depuis l'établissement du domicile.

(*t*) Voy. vol. V, § 237.

(*u*) Hert., § 65; Schäffner, § 87; Wächter, II, p. 408-412, où sont cités encore d'autres auteurs. Je n'ai pas besoin de dire que cet accord porte seulement sur le principe, et non sur toutes les applications, car ces auteurs ne déterminent pas de même le droit local de l'obligation. — Le principe est aussi reconnu dans un jugement de la cour de révision de Berlin, de 1843. Seuffert, Archiv, vol. II, num. 120. — Pour le droit prussien, Koch, I, p. 153, note 23; Bornemann, I, p. 65, adoptent cette doctrine.

Cette doctrine, conforme à la rigueur des principes, se recommande en outre par des motifs d'équité; car, en déterminant d'une manière absolue la loi de la prescription, elle empêche tout ce que la volonté arbitraire de chacune des parties pourrait entreprendre au préjudice de l'autre. Ainsi, lorsqu'il y a plusieurs juridictions compétentes, le demandeur ne peut choisir pour intenter son action le lieu où la prescription est la plus longue. Réciproquement le défendeur, en transportant son domicile dans un lieu où la prescription est plus courte, ne peut en tirer avantage, puisque le droit local de l'obligation contractée dans son ancien domicile, et la juridiction spéciale de l'obligation, se trouvent déterminés d'une manière immuable (*v*). — Il n'y aurait même rien de dur pour le créancier, si dans le lieu fixé pour l'exécution la prescription était fort courte, et que le débiteur, en évitant à dessein de paraître en ce lieu, empêchât l'exercice de l'action avant que la prescription fût acquise (§ 371, *z*); car le créancier peut toujours exercer son action au domicile du débiteur (§ 371, *r*). Si la juridiction du lieu de l'exé-

(*v*) Cf. § 370, num. III, § 3 et § 372, num. III. S'il en était autrement, le débiteur, pour se débarrasser plus vite de sa dette, n'aurait qu'à ne pas se représenter au lieu de son ancien domicile pendant la durée de cette courte prescription (§ 371, *z*). On a vu (note *s*) comment Weber prétend remédier à cela.

cution était seule compétente, le créancier devrait alors recourir aux moyens de droit qui protégent contre la prescription ceux qui se trouvent dans l'impossibilité d'intenter leurs actions (*w*).

La règle établie plus haut (p. 267), que la validité d'une obligation se juge d'après la loi du lieu auquel l'obligation est soumise en général, doit être limitée par une exception importante. En effet, quand la validité d'une obligation se trouve en contradiction avec une loi positive rigoureusement obligatoire, ce n'est plus le droit local de l'obligation que l'on applique, mais bien celui du lieu où est intentée l'action, celui du juge appelé à prononcer (*x*).

Cette exception n'est qu'une simple conséquence d'un principe très-général sur l'autorité des lois rigoureusement obligatoires (§ 349-372. A). Elle s'applique positivement et négativement, c'est-à-dire que le juge est tenu d'obéir à la loi rigoureusement obligatoire de son pays, lors même qu'elle n'existerait pas dans le lieu siége de l'obligation; et lors même qu'elle serait en vigueur au siége de l'obligation, il ne doit

(*w*) Par voie de restitution, ou en portant l'action devant le lieutenant, le *defensor*, etc. Voy. vol. VII, § 328.

(*x*) C'est aussi l'opinion de Wächter, II, p. 389-405.

pas lui obéir, si elle n'est pas la loi de son pays.

Cette exception s'applique également aux contrats et aux délits.

Parmi les contrats de cette espèce il faut ranger ceux prohibés par les lois sur l'usure. Ainsi, quand on réclame devant un juge des intérêts que n'admet pas la loi de son pays, le juge doit rejeter la demande, lors même que cette loi sur l'usure n'existerait pas dans le lieu siége de l'obligation. Car le sens d'une loi semblable est que tous les tribunaux placés sous son empire doivent refuser leur protection au contrat usuaire, comme immoral et contraire à l'intérêt public.— Réciproquement, dans un pays où cette stipulation d'intérêts n'est pas défendue par la loi, le juge devra accueillir la demande sans égard à la prohibition qui peut exister ailleurs, par exemple, au siége de l'obligation. Cette proposition négative n'est pas seulement une conséquence logique de la proposition positive qui précède, elle se fonde en outre sur le motif suivant. L'application d'un droit local déterminé à une obligation repose principalement sur une présomption de soumission volontaire; or comment supposer la soumission volontaire à une loi qui n'admet pas la validité de l'obligation (§ 372, C.)?

Ce que je viens de dire des intérêts usuraires s'applique également aux dettes de jeu, quand elles sont reconnues par une loi et rejetées par une

autre. La validité de l'obligation se juge exclusivement d'après la loi du lieu où l'action est intentée.

Il en est de même pour la *lex Anastasiana*, relative aux créances achetées au-dessous de leur valeur nominale. Cette loi repose sur la supposition que ces ventes peuvent devenir pour le débiteur une cause de dangers et d'oppression ; elle cherche à les empêcher comme immorales et contraires à l'intérêt général, en ordonnant que l'acquéreur d'une semblable créance ne pourra réclamer que le prix réel de la vente (*y*). Cette loi est applicable ou non applicable, suivant qu'elle existe ou qu'elle n'existe pas dans le lieu où l'action est intentée : le droit du lieu de l'obligation primitive, ou du lieu de la cession, n'a ici aucune influence (*z*).

La loi française sur les créances des juifs contre les chrétiens semble devoir trouver place ici; mais en réalité elle appartient plutôt à la question de la capacité d'agir, et j'en ai parlé à ce sujet (§ 365, A. Num. 5). Le résultat pratique est le même dans les deux cas.

L'application de cette exception aux obligations résultant des délits est tout à fait générale,

(*y*) L. 22, C., mandati (IV, 35).

(*z*) Un jugement du tribunal suprême de Munich, de 1845, décide au contraire que l'on doit suivre le droit sous l'empire duquel l'obligation a été contractée dans l'origine. Seuffert, Archiv, vol. I, num. 402.

car les lois qui punissent les délits sont toujours au nombre des lois positives rigoureusement obligatoires.

Ces obligations se jugent donc d'après la loi du lieu où s'exercent les poursuites, non d'après la loi du lieu où a été commis le délit (z[1]). Ici, de même que pour les contrats, le principe vaut comme positif et comme négatif, c'est-à-dire pour ou contre l'application d'une loi qui admet une obligation fondée sur un délit. C'est surtout à propos des obligations résultant de la cohabitation hors mariage que la question a été controversée. Pour la mettre dans tout son jour, je prendrai comme point de départ la disposition absolue contenue dans l'art. 340 du code civil français : « La recherche de la paternité est interdite. » Cette loi repose évidemment sur la conviction que toute action judiciaire motivée par la cohabitation hors mariage doit être interdite, dans l'intérêt des bonnes mœurs (*aa*) : d'autres législations reposent sur la conviction contraire. Nous avons donc ici de part et d'autre une loi positive, rigoureusement obligatoire. Si maintenant une action de ce genre est portée devant un tribunal soumis à la loi française, elle

(z[1]) Cela s'applique notamment aux interdits possessoires, néanmoins avec de grandes restrictions. Voy. § 368, in fin.

(*aa*) La défense absolue de toute procédure adressée au juge ne laisse aucun doute sur l'esprit de la loi française.

doit être rejetée, lors même que le fait allégué de la cohabitation aurait eu lieu dans un pays dont la loi admet et protége cette action. Réciproquement les tribunaux d'un semblable pays devraient accueillir la demande, lors même que la cohabitation aurait eu lieu dans un pays régi par le droit français. Ce que je dis de ces deux cas extrêmes, l'admission et le rejet absolu, s'applique également lorsque le contraste entre les diverses législations est moins tranché, et ne porte que sur les conditions et l'extension de la demande. — Cette question a été jugée très-différemment par les tribunaux (*bb*).

Toute cette question a de l'affinité avec celle de savoir si nos tribunaux doivent punir un délit commis en pays étranger, et de quelles peines. Néanmoins ces deux questions ne doivent pas être identifiées; car le droit pénal, comme partie intégrante du droit public, appelle des considérations qui sont étrangères aux obligations résultant des délits.

Des principes que je viens d'établir il résulte

(*bb*) Pour le lieu de l'action (qui le plus souvent est aussi celui du domicile du défendeur) : jugement du tribunal suprême de Stuttgart, Seuffert, Archiv, für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten, vol. II, n. 4. — Pour le lieu de la cohabitation : jugement du tribunal suprême de Munich et deux jugements du tribunal de Jéna. Seuffert, vol. I, n. 153, vol. II, n. 118.

que, dans les cas où il existe des lois rigoureusement obligatoires, un grand pouvoir se trouve fréquemment attribué au demandeur; car, étant souvent libre de choisir entre plusieurs juridictions également compétentes, il peut par cela même déterminer entre plusieurs droits locaux celui qui sera applicable. Cela est une conséquence nécessaire de la nature particulière des lois de cette espèce. Ensuite le danger du défendeur est diminué par les conditions restrictives auxquelles est subordonnée la juridiction spéciale de l'obligation (§ 371, *z*).

D) Les effets d'une obligation, notamment l'étendue de ces effets se règle d'après le droit du lieu où est le siége de l'obligation en général; et telle est la signification capitale du droit local de l'obligation. Aussi cette question prête-t-elle moins que toute autre au doute et à la controverse. Quelques exemples suffiront pour la faire bien comprendre.

D'après plusieurs lois locales, la vente n'est parfaite que par la tradition, principe étranger au droit commun. Ici il s'agit de savoir si une pareille loi est en vigueur dans le lieu de la situation de l'immeuble, sans égard au lieu du contrat ou à celui du litige; car la vente d'un immeuble implique toujours un lieu d'exécution déterminé, qui est en même temps le siége de l'obligation, et dont le droit local est seul ap-

plicable (§ 370-372). — J'en dis autant de la loi locale qui pour les domaines ruraux admet une reconduction tacite de trois ans. Cette loi s'applique à tous les immeubles situés dans l'étendue de son empire, et par le même motif que dans le cas précédent (*cc*).

Le droit commun veut que les intérêts moratoires se payent suivant le taux usité à chaque époque, c'est-à-dire suivant l'usage établi de fait. Maintenant, si dans différents lieux il existe pour les intérêts moratoires un taux légal et un taux légal différent, chaque obligation se juge d'après le droit du lieu où elle a son siége; ainsi, par exemple, d'après le droit du lieu où se fait le payement, quand ce lieu a été convenu (*dd*).

A l'obligation peut se rattacher un droit de gage, soit général, soit spécial. La question de savoir si cette convention tacite existe ou non, se juge d'après le droit local auquel l'obligation est soumise en général. Mais la question de savoir si un droit de gage existe en vertu de cette con-

(*cc*) Ces deux cas sont cités par Boullenois, t. II, p. 452, sq. Il décide comme moi le second, mais le premier lui paraît à tort souffrir des difficultés.

(*dd*) Voet. Pand., XXII, 1, § 11. — Dans la L. 1, pr., de usur. (XXII, 1), on lit : « ex more regionis *ubi contractum est.* » Ce texte suppose le cas le plus ordinaire, celui où deux habitants de la même ville y font un contrat; mais il ne parle pas d'un contrat fait hors du domicile, ou d'un autre lieu assigné pour le payement.

vention se juge, au contraire, d'après le droit du lieu où la chose est située (§ 368).

E) La position des obligations en cas de faillite demande une étude spéciale; car il n'y a pas de matière sur laquelle les législations modernes diffèrent plus les unes des autres. Mais d'abord il importe de bien saisir la nature particulière de la faillite.

La faillite suppose un débiteur insolvable en présence de plusieurs créanciers, c'est-à-dire un cas où, l'exécution complète des condamnations prononcées ou à prononcer étant impossible, on doit se contenter de l'exécution partielle que permettent les circonstances. Pour y parvenir, on forme une masse des biens du débiteur, et on les convertit en argent comptant, que l'on partage entre les créanciers d'après de certaines règles. Nous n'avons donc ici qu'un simple moyen d'exécution sur une masse de biens déterminée, et l'office du juge consiste à apprécier les droits de chacun des créanciers à cette masse. La faillite n'a aucune influence sur le sort définitif des créanciers : ainsi tout créancier qui n'est point payé, soit en totalité, soit en partie, peut toujours faire valoir ses droits contre le débiteur, si plus tard celui-ci acquiert de nouveaux biens.

Comme il s'agit dans la faillite de régler les droits de plusieurs créanciers, cela ne peut se faire que dans un seul lieu, au domicile du dé-

biteur; de sorte que la juridiction personnelle générale l'emporte ici sur la juridiction spéciale de l'obligation.

Les fonctions du juge appelé à connaître d'une faillite ont deux parties distinctes : les actes préparatoires et le partage des biens.

Parmi les actes préparatoires figurent l'établissement des créances, puis la formation de la masse à partager, par l'exclusion de tout ce qui n'appartient pas au débiteur, par la réunion de tout ce qui lui appartient, et par la réalisation des biens en argent comptant au moyen de la vente. — Le droit local applicable est déterminé par les principes généraux sur les droits réels et sur les obligations, et la circonstance accidentelle de la faillite n'a ici aucune influence. — En ce qui touche le premier point, l'établissement des créances, la comparution des créanciers n'est pas abandonnée au hasard; tous, au contraire, sont avertis, par une citation publique, d'avoir à se faire connaître dans un délai déterminé. Celui qui laisse passer ce délai se trouve exclu par forclusion, et il perd ainsi, non sa créance elle-même, mais le droit d'intervenir dans la faillite et de se faire payer sur la masse à partager. La citation publique comprend même les créanciers qui ont commencé ailleurs des poursuites, mais qui n'ont pas obtenu de jugement, de sorte que le tribunal de la faillite attire à soi les ac-

tions entamées devant d'autres tribunaux (*ee*).

Le tribunal a pour mission de régler les droits de chacun des créanciers à la masse active ; et comme ce règlement rentre dans l'exécution dont j'ai parlé plus haut, et appartient exclusivement à la procédure, le seul droit applicable est celui du lieu où siége le tribunal, qui se trouve aussi le droit local du domicile du débiteur (*ff*).

Cette règle suffirait pour décider toute la question, si beaucoup de créances, et souvent les plus importantes, n'avaient pas une nature mixte, comme participant de l'obligation et du droit réel, du droit d'hypothèque. Là se trouve la principale difficulté.

Pour rendre la chose sensible, je vais exposer le droit commun sur la faillite, basé sur les prescriptions du droit romain nouveau, et développé par la théorie et la pratique actuelle.

Tous les créanciers sont partagés en cinq classes : 1° ceux qui ont des priviléges absolus ; 2° ceux qui ont des hypothèques privilégiées ; 3° ceux qui ont des hypothèques ordinaires ; 4° ceux qui ont des priviléges personnels ; 5° tous les autres créanciers (*gg*). — Parmi ces cinq

(*ee*) Wernher, Obss., t. II, p. 10, obs. 297 ; Leyser, Sp. 478, med., 8.

(*ff*) Leyser, 478, 10.

(*gg*) Je n'ai point à entrer ici dans de plus grands détails

classes, la première, la quatrième et la cinquième nous offrent de pures obligations qui sont exclusivement soumises au droit du lieu où s'ouvre la faillite, sans égard au droit différent qui peut exister dans le lieu où l'obligation a pris naissance, ou dans le lieu marqué pour l'exécution. Restent donc la seconde et la troisième classe, qui comprennent les créanciers hypothécaires, et qui maintenant doivent nous occuper.

Tout créancier hypothécaire possède en réalité un droit mixte dont les deux parties constitutives ont une nature entièrement différente ; il est véritablement créancier, et de plus il a un droit réel comme garantie de sa créance. Mais, pour bien faire comprendre comment ces diverses espèces de droit peuvent se combiner avec l'unité de la faillite, il nous faut reprendre les choses de plus haut, et, laissant de côté les créanciers hypothécaires, revenir sur la formation de la masse à partager.

La formation de cette masse par la réunion et l'aliénation des biens ne présente aucune difficulté quand tous ces biens se trouvent dans le ressort du tribunal de la faillite. Mais la question est très-controversée pour les biens situés dans le ressort d'un autre tribunal ou en pays étran-

sur cette classification. Voy. Mühlenbruch, I, § 173 ; Göschen Vorlesungen, II, 2, § 424.

ger. Je commence par ce dernier cas. Suivant plusieurs auteurs, le souverain étranger et ses tribunaux ne sont pas tenus d'avoir égard aux réquisitions du tribunal de la faillite ; et, en réalité, ordinairement ils ne s'y conforment pas (*hh*). Le tribunal de la faillite alors n'a d'autre ressource que de s'abstenir de prononcer sur ces biens; mais les créanciers peuvent actionner le débiteur en pays étranger, et faire prononcer une seconde, une troisième et même une quatrième faillite, selon que l'exige la situation des biens.

Je ne puis admettre cet expédient, ni même la difficulté telle qu'elle est présentée. — Quant à l'expédient, il suppose que toute créance donne le droit d'actionner le débiteur partout où il possède des biens; en d'autres termes, il implique l'existence d'un *forum rei sitæ* général pour les actions personnelles. Or cela est absolument inadmissible, et par cela même il ne saurait y avoir plusieurs faillites ouvertes en différents pays. On verra tout à l'heure jusqu'à quel point l'hypothèque permet quelque chose d'analogue. — D'un autre côté, la difficulté elle-même est moindre qu'on ne le croit communément. En

(*hh*) La difficulté est certainement moins grande quand il s'agit de biens situés dans deux juridictions différentes, mais appartenant au même pays; car on peut recourir à une simple réquisition entre tribunaux égaux, ou à un ordre émané du tribunal supérieur à tous les deux.

effet, le curateur nommé en justice (*ii*) qui, sous la surveillance du tribunal de la faillite, vend les biens du failli, ne fait qu'un acte exécutoire d'un jugement rendu ou préparatoire d'un jugement à rendre. Or cette communauté de droit entre États indépendants, dont j'ai parlé plus haut (§ 348), et qui tend constamment à s'accroître, veut qu'ils accordent une protection réciproque aux décisions judiciaires rendues dans un autre pays (§ 373, B) : cette protection doit par conséquent s'étendre au curateur qui vend les biens du failli pour en former la masse à partager. Si elle lui était refusée, cela constituerait un véritable déni de justice; car, ainsi que je l'ai déjà montré, il n'y a pas en pays étranger de juridiction compétente devant laquelle le créancier puisse intenter contre le débiteur une action personnelle.

Aussi cette doctrine a-t-elle été depuis longtemps adoptée par plusieurs auteurs (*kk*). D'autres soutiennent le contraire, sans se fonder sur

(*ii*) Tit. D., de curatore bonis dando (XLII, 7), surtout dans la L. 2, tit. cit.

(*kk*) J. Voet.., § 17, et Comm. ad Pand., XX, 4, § 12 (où il tire précisément cette règle de la *comitas* mentionnée plus haut), Puffendorf, t. I, Obs., 217 (avec une restriction pour le cas de l'hypothèque dont je parlerai tout à l'heure), Dabelow, Lehre vom Concurse, p. 746-765 (qui, après avoir bien posé les principes, ajoute en finissant que la pratique leur est contraire, et que dès lors plusieurs faillites sont indispensables).

aucun principe de droit, mais uniquement parce que le souverain étranger doit refuser son concours (*ll*). Les tribunaux anglais comprennent, dans la masse de la faillite ouverte au domicile du débiteur, les meubles situés en pays étrangers, mais non pas les immeubles; la plupart des tribunaux américains ne font entrer dans cette masse ni les meubles ni les immeubles (*mm*).

Le cas où les biens situés en pays étranger sont soumis à un droit de gage présente, il est vrai, une complication et une difficulté particulière; et c'est sans doute la considération de ce cas très-ordinaire qui a déterminé les opinions des auteurs et les décisions judiciaires dont je viens de parler. Néanmoins ce sont là deux questions distinctes, et elles ne peuvent que gagner à être traitées séparément.

Ce dernier cas se distingue de celui où les biens en pays étranger ne sont soumis à aucun droit de gages, en ce que le créancier peut porter son action hypothécaire devant le tribunal du lieu où la chose est située. Si donc l'action hypothécaire est exercée contre un autre créancier hypothécaire possesseur de la chose, ou par deux

(*ll*) Struben, Bedenken, I, 118; V, 27.

(*mm*) Story, § 403, sq. Lui-même préfère la pratique anglaise à la pratique américaine. Il parle uniquement des biens mobiliers; et la preuve, c'est qu'il traite toute la question dans le chap. IX, *personal property* (biens mobiliers).

créanciers hypothécaires contre un tiers détenteur, le juge doit prononcer sur la priorité d'après les principes établis pour la faillite (*nn*); et cette règle s'applique, quel que soit le pays où est situé le bien hypothéqué. Mais cela ne constitue nullement l'ouverture d'une seconde faillite, puisqu'on n'y retrouve pas les formes de cette procédure.

Du reste, rien n'empêche de comprendre dans la faillite ouverte au domicile du débiteur les biens hypothéqués en pays étranger, pourvu que tout créancier ayant un droit de gage sur ces biens conserve sur le prix la priorité qui lui est attribuée, par le droit du lieu où se trouvent les biens au moment de la vente, puisque la *lex rei sitæ* décide de cette priorité (§ 368).

S'il est quelquefois difficile d'atteindre ce but, cela n'est pas impossible; et on ne faciliterait nullement la chose en faisant une masse spéciale du prix de chacun des biens situés en pays étrangers. Quand tout se passe devant le même juge, l'unité des décisions s'obtient bien plus sûre-

(*nn*) L. 12, pr., § 7, qui pot. (XX, 4); cf. P. Voet., sect. 10, C., un., § 5. — La loi prussienne actuelle permet à tout créancier muni d'un gage ou d'une hypothèque, lors même qu'il n'y a pas de biens situés en pays étrangers, de se faire payer directement sur la chose, sans s'immiscer dans la faillite. Gesetzsammlung, 1842, p. 4.

ment que si l'on ouvrait plusieurs faillites devant des tribunaux différents (*oo*).

La preuve la plus évidente que ce système est très-praticable, c'est qu'il se trouve réalisé dans un grand nombre de traités faits par la Prusse avec des États voisins. La base de ces traités est la loi prussienne sur les faillites. D'après cette loi, il n'y a jamais qu'une seule faillite ouverte, et cela au domicile du débiteur commun. Le tribunal de la faillite demande, par voie de réquisition, le concours des tribunaux prussiens dans le ressort desquels existent des biens appartenant au failli. — Quand il y a des biens situés en pays étranger, le tribunal doit rechercher d'abord s'il y a un traité avec ce pays. S'il n'y a point de traité, il demande, comme pour les tribunaux prussiens, le concours du tribunal étranger aux opérations de la faillite. Si ce concours est refusé, le curateur est chargé de veiller aux intérêts des créanciers prussiens dans la faillite spéciale ouverte en pays étranger (*pp*). — Tous les traités faits postérieurement à cette loi reposent sur ce principe, qu'il ne doit y avoir qu'une seule faillite. Elle s'ouvre au domicile du

(*oo*) Puffendorf (note *kk*) regarde le maintien de la priorité devant un tribunal étranger comme si difficile qu'il préfère ouvrir une faillite spéciale au lieu de la situation des biens, dès que les créanciers hypothécaires le demandent.

(*pp*) Allg. Ger. Ordnung, I, 50, § 25-32, § 647-671.

débiteur. Les biens du débiteur commun situés en pays étrangers sont vendus, et leur prix est versé au tribunal de la faillite. C'est à ce tribunal que doivent s'adresser tous les créanciers. Le rang des créanciers pour les créances purement personnelles se règle d'après le droit du lieu où siége le tribunal pour les droits réels, d'après le droit du lieu où la chose est située (*qq*). Seulement, d'après les nouveaux traités (depuis 1819), les droits réels sur des biens situés hors du pays où s'ouvre la faillite peuvent s'exercer dans le lieu où ces biens sont situés avant que le tribunal de la faillite ait été saisi. Quand des créanciers hypothécaires usent ainsi de leurs droits, les biens hypothéqués sont vendus, le prix est distribué aux créanciers, et le surplus, s'il y en a, est remis au tribunal de la faillite.

Ce qui est établi ici par les traités n'est pas une invention nouvelle et arbitraire, mais uniquement l'expression de cette communauté de droit qui, de nos jours, tend toujours à s'accroître (§ 348). Aussi ne doit-on pas hésiter à poser ce principe dans d'autres traités; même indépendamment de traités, les tribunaux de

(*qq*) Traité avec Weimar, 1824, art. 18-22; traité semblable avec Altenburg, Koburg-Gotha, Preusz-Gera. — Plus tard, avec le royaume de Saxe, 1839, art. 19-21, traité reproduit textuellement avec Rudolstadt, Bernburg, Braunschweig. (Voy. § 348, p. 31.)

différents États peuvent le consacrer par leur jurisprudence, de l'aveu exprès ou tacite de leurs gouvernements.

Le contenu de ces traités a une importance directe pour les relations de la Prusse avec les États intéressés, et une importance indirecte pour les relations à établir par la suite avec de nouveaux États. Mais en outre, comme ces traités nous révèlent l'esprit de notre législation, ils peuvent nous servir de guides pour résoudre les questions de droit qui se rattachent aux relations intimes de diverses provinces du royaume. Quand une faillite s'ouvre à Berlin, et que le failli possède des biens meubles et immeubles dans la Poméranie autrefois suédoise (Neuvorpommern), où le droit romain est en vigueur, et où dès lors ces biens peuvent être constitués comme gages par simple contrat, on demande comment la valeur de ces biens sera distribuée aux créanciers de la faillite. Si les tribunaux de cette province étaient soumis à l'organisation judiciaire prussienne, ils devraient délivrer la valeur des immeubles, et les meubles en nature au tribunal de la faillite (*rr*), qui distribuerait le prix de la vente d'après la classification prussienne. Ces créanciers éprouveraient alors un grand préjudice; car ils ne figu-

(*rr*) Allg.Ger. Ordnung, I, 50, § 648; loi du 28 déc. 1840, § 2 (Gesetzsamm., 1841, p. 4).

reraient ni dans la seconde ni dans la troisième classe de créanciers établies par la loi prussienne. Mais, les juges de la province n'étant pas soumis à cette loi, les créances et les droits de gage dont il s'agit doivent être considérés comme appartenant à un pays étranger, et à un pays dont les tribunaux entretiennent des relations amicales avec les tribunaux prussiens, et se prêtent naturellement une juste protection. Cela nous ramène à l'application du principe posé dans les traités mentionnés plus haut. En conséquence, les tribunaux de la Poméranie vendraient les biens situés dans leur ressort, et remettraient le prix au tribunal de Berlin qui connaît de la faillite. Mais les créanciers ayant un droit de gage sur ces biens conserveraient sur le prix la même priorité que si la faillite, au lieu de s'ouvrir à Berlin, se fût ouverte en Poméranie.

§ CCCLXXV. IV. *Droit de succession.*

Ainsi que nous l'avons fait pour d'autres institutions, nous devons rechercher à quel droit local le droit de succession appartient de sa nature, c'est-à-dire où il a son véritable siége (§ 360). A cet effet, il vous faut revenir sur les caractères essentiels du droit de succession, tels qu'ils ont été indiqués précédemment (vol. I, § 57). Ce droit consiste dans la transmission du patrimoine

d'un défunt à d'autres personnes, ce qui constitue une extension de la puissance et de la volonté de l'homme au delà du terme de la vie; et cette volonté qui continue d'agir est tantôt expresse (succession testamentaire), tantôt tacite (succession *ab intestat*) (*a*). Ce rapport se rattache immédiatement à la personne du défunt, comme on l'a vu plus haut pour la capacité du droit (§ 362), et comme on le verra plus bas pour la famille. Si cet exposé est conforme à la nature des choses, nous devons dire qu'en général le droit de succession se règle d'après le droit local du domicile qu'avait le défunt au moment de son décès (*b*). — Pour reproduire ici les expressions techniques expliquées plus haut, nous dirons que les lois sur le droit de succession appartiennent aux statuts personnels; car elles ont pour objet la personne *principaliter*, et elles ne s'occupent des biens qu'accessoirement (§ 361).

Voici encore d'autres considérations qui viennent confirmer la vérité de cette doctrine. Si ce

(*a*) Cette seconde espèce d'extension de la volonté se rattache également à la continuation de l'individualité de l'homme par la parenté. Voy. Vol. I, § 53.

(*b*) Voy. § 359. En droit romain on se règle d'après le droit de l'*origo* (§ 357). — Quand il s'agit du décès d'un vagabond qui n'a pas de domicile, on suit le droit du pays où il est né; et quand on ne peut le connaître, celui de sa dernière résidence, c'est-à-dire du lieu où il est décédé (§ 359).

n'est pas le domicile du défunt qui détermine le droit local, il ne nous reste plus que le lieu où sont situés les biens, c'est-à-dire la succession, et alors s'appliquerait la *lex rei sitæ*. Mais où placer ce lieu? Le patrimoine, considéré comme unité, est un objet idéal, d'un contenu tout à fait indéterminé (*c*); il peut se composer de propriétés, de droits à des choses particulières, de créances et de dettes, ces deux dernières ayant même une existence invisible. Ainsi ce patrimoine est partout et nulle part, et dès lors on ne saurait lui assigner de *locus rei sitæ*. Considérer comme tel le lieu où est située la plus grande partie des biens serait un expédient tout à fait arbitraire; car cette idée n'a rien de précis, et ensuite la moindre partie des biens mérite autant que la plus grande d'être prise en considération. Si nous abandonnons cet expédient, il ne nous reste plus qu'à placer la succession partout où se trouve chacun des biens qui la composent. Mais, quand ces biens sont disséminés dans des lieux différents, cela nous mènerait à admettre plusieurs successions indépendantes les unes des autres, et pouvant être soumises à des lois différentes, sans compter que cela s'applique uniquement à une partie de la succession (aux droits réels), et ne décide rien pour l'autre partie (les obligations). On voit

(*c*) Voy. vol. I, § 56.

donc que ce système ne repose sur rien de vrai ni de réel, mais sur une simple apparence. Néanmoins il a trouvé de nombreux partisans, dont je vais parler tout à l'heure.

La base de la succession romaine est la *successio per universitatem*, qui existe dans toute succession, et auprès de laquelle tous les autres rapports de droit nous apparaissent comme secondaires. Au reste, ce n'est là que la forme juridique de la nature même du droit de succession telle que je l'ai définie plus haut ; et à ce point de vue nous devons dire qu'en droit romain le principe que j'ai posé, touchant le siége de la succession, n'est susceptible d'aucun doute. Mais il faut rejeter absolument l'opinion de plusieurs auteurs modernes, que la succession universelle est une institution spéciale aux Romains, contrastant avec d'autres législations (germaniques) qui ne la reconnaissent pas. Voici plutôt comme on doit envisager la chose. Dans le droit positif de plusieurs États, le droit de succession est resté à un degré de développement peu avancé, tandis que le tact heureux des Romains a su de très-bonne heure découvrir les seuls principes appropriés à sa véritable nature ; et tout droit qui diffère de ces principes tend constamment à s'en rapprocher (*d*). On se tromperait également si l'on

(*d*) Voy. vol. I, § 57, p. 362, 363.

ne voyait là que des différences théoriques sur lesquelles il peut y avoir divergence d'opinions. Ce sont, au contraire, les besoins pratiques de l'époque actuelle, qui ne trouvent leur entière satisfaction que dans le principe de la succession universelle; car, si les biens donnent lieu à une incroyable multiplication de rapports, l'importance des obligations va toujours croissant.

§ CCCLXXVI. IV. *Droit de succession.* (Suite.)

Je vais maintenant examiner les principales opinions sur les lois applicables au droit de succession, telles qu'elles se sont formées par la doctrine des auteurs et par la jurisprudence des tribunaux des divers pays et à diverses époques. Ces opinions peuvent se ranger en trois classes.

L'une, celle exposée plus haut, soumet l'ensemble de la succession au droit du lieu où le défunt avait son dernier domicile. Elle tient les lois sur le droit de successions pour des statuts personnels.

Une autre tout opposée, et dont j'ai déjà fait mention, pose en principe que le droit de succession se règle d'après le lieu où sont situés les biens du défunt. Cette opinion admet la possibilité que les diverses parties de la succession soient réglées par des droits différents; ensuite elle ne décide rien quant aux dettes et aux

créances, mais naturellement sous la réserve d'adopter dans chaque cas particulier l'expédient le plus convenable pour satisfaire le besoin pratique.

Enfin une troisième opinion vient se placer entre les deux qui précèdent. Aux immeubles elle applique la *lex rei sitæ*, et au reste des biens (les meubles et les obligations), la loi en vigueur au domicile du défunt. Pour la pratique cette opinion a moins d'inconvénients que les deux autres, car elle détermine d'une manière certaine ceux qui doivent hériter des créances; mais elle a aussi ses inconvénients, car les dettes doivent porter sur l'ensemble du patrimoine, et ainsi sur les immeubles situés en pays étrangers, de sorte que les dettes peuvent être supportées par des personnes très-différentes (*a*). — En adoptant la phraséologie expliquée plus haut, on peut dire que, d'après cette opinion, les lois sur le droit de succession sont des statuts réels (§ 361) (*b*).

(*a*) Cette grave difficulté d'exécution n'est pas méconnue par les auteurs, et pour y remédier ils ont proposé divers moyens, mais en grande partie arbitraires et insuffisants. Voy. Hert., § 29. Cette difficulté est une preuve de la fausseté de tout le système. La même critique s'adresse naturellement aussi à l'opinion qui précède, mais à un bien plus haut degré.

(*b*) Cette dénomination pourrait, à plus forte raison, s'appliquer à l'opinion qui précède, si l'on n'avait pas coutume de restreindre aux immeubles l'expression de statuts réels.

Je vais reprendre ces trois opinions d'après l'ordre des temps où se placent leur origine et leur empire.

A) La plus ancienne est celle qui règle la succession mobilière et immobilière, exclusivement d'après le droit du pays où se trouvent les biens (*c*). Ce n'est là qu'une application du droit de souveraineté territoriale dans toute sa rigueur (§ 348).

Sous sa forme primitive et la plus tranchée, aucun des biens d'une succession (meubles ou immeubles) situés dans le pays ne passait aux héritiers étrangers, mais ils étaient dévolus au souverain ou à son représentant (*d*). Sous une forme plus adoucie, tous les biens de la succession sont réglés d'après la loi du pays, quel que soit le domicile du défunt, et sans distinguer entre les héritiers nationaux ou étrangers.

J'ai déjà donné les motifs qui s'élèvent contre cette opinion : je vais y ajouter une considération pratique. Si ce principe était partout reconnu et appliqué, tout père de famille prévoyant chercherait une garantie contre un ordre de succession contraire à sa volonté, et contre la perturbation qui menacerait ses dettes et ses créances. Son unique ressource serait alors de vendre à

(*c*) Les auteurs qui adoptent cette opinion sont cités en grand nombre dans Vächter, I, p. 275-276; II, p. 192.

(*d*) Droit d'aubaine. Cf. Eichhorn, Deutsches Recht, § 75.

temps les immeubles qu'il possède en pays étrangers, et de transporter les choses mobilières dans le pays de son domicile. Un vœu aussi naturel et la nécessité d'un pareil expédient font clairement ressortir la dureté gratuite du principe.

B) L'opinion intermédiaire rentre dans la précédente. Sauf qu'elle est restreinte aux immeubles de la succession; pour la propriété mobilière, même située en pays étranger, elle admet le droit en vigueur au domicile du défunt. Tous les arguments allégués contre l'opinion précédente s'appliquent à celle-ci, mais à un moindre degré, puisqu'elle ne s'éloigne pas autant des vrais principes de la matière.

C'est surtout à partir du seizième siècle que cette opinion s'est établie (*e*). Depuis le dix-huitième, elle a de jour en jour moins de partisans en Allemagne; mais elle s'est maintenue jusqu'à présent en Angleterre, en Amérique (*f*) et en France (*g*). Elle se rattache à la distinction générale que dans ces pays on a coutume de faire entre les biens mobiliers et les biens immobiliers (§ 360, Num. 3).

(*e*) Un grand nombre d'auteurs sont cités dans Wächter, II, p. 188-192; Fœlix, p. 72-85.

(*f*) Story, chap. XI, XII.

(*g*) Fœlix (note *e*). — Vinnius, Sel. quæst., II, 19, en dit autant pour la Hollande. Cela s'applique naturellement au temps où il vivait.

C) Enfin l'opinion que j'adopte, et qui fait tout dépendre du domicile, est depuis le dix-huitième siècle, surtout en Allemagne, de plus en plus généralement admise, tandis qu'autrefois elle ne l'était guère que pour la succession *ab intestat* (*h*). Elle n'a pas seulement pour partisans les romanistes, comme on pourrait l'induire de la succession universelle; mais les germanistes, par un juste sentiment du besoin pratique, l'ont aussi adoptée (*i*), et la jurisprudence des tribunaux supérieurs l'a consacrée par ses arrêts (*k*).

La base fondamentale de cette doctrine est la nature même du droit de succession telle que je l'ai exposée plus haut, et cette base existe aussi

(*h*) Wächter, II, p. 192-198, et Schäffner, p. 130, citent un grand nombre d'auteurs. Les plus remarquables sont : Puffendorf, I, Obs., 28; Glück Intestaterbfolge, § 42, Martin, Rechtsgutachten der Heidelberger Facultät, vol. I, p. 175-186. — Wächter, qui se range à cette opinion (II, 198, 199, 363), la justific très-bien de la manière suivante : par les lois sur les successions l'État ne veut pas régler le sort des objets (des biens), mais celui des sujets (des personnes); aussi ses lois sont-elles faites pour ceux qui appartiennent à l'État (les habitants), et elles ne s'occupent pas de la succession des biens appartenant aux étrangers. — C'est dire, en d'autres termes, que les lois sur les successions sont regardées comme des statuts personnels, non comme des statuts réels.

(*i*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 35; Mittermaier, Deutsches Recht, § 32.

(*k*) Jugement du tribunal suprême de Cassel, 1840. Seuffert, Archiv, vol. I, n. 92.

bien pour le testament que pour la succession *ab intestat*. Mais voici en outre une considération spéciale à la succession *ab intestat*. Celle-ci repose en général sur la volonté présumée, c'est-à-dire tacite du défunt; non que pour cette personne déterminée et pour ses rapports individuels cette volonté puisse être considérée comme un fait certain, mais chaque droit positif adopte la présomption générale qui lui semble le mieux appropriée à la nature des rapports de famille. On conçoit très-bien que cette présomption varie suivant les diverses législations, mais on ne concevrait pas que, dans un cas donné, le défunt soit présumé avoir eu des volontés différentes pour les diverses parties de ses biens : ainsi, qu'il ait voulu avoir pour sa maison un autre héritier que pour son domaine rural ou son argent comptant, quand il n'en a pas fait la déclaration expresse (par testament).

Relativement à l'opinion intermédiaire (B), qui établit une distinction entre les biens mobiliers et les biens immobiliers, voici encore deux points de vue qui, considérés attentivement, peuvent mener à un rapprochement entre les diverses opinions.

Un auteur moderne (*l*) blâme ceux qui adoptent exclusivement l'une ou l'autre opinion,

(*l*) Schaffner, § 57-59; § 126-152.

tandis que l'une et l'autre sont vraies suivant les circonstances données. Ainsi, dans les pays où le droit de succession (d'après le principe romain) est traité comme succession universelle, le domicile est décisif pour l'ensemble des biens : dans les pays, au contraire, tels que l'Angleterre et l'Amérique, où le principe de la succession universelle n'est pas admis, la succession des immeubles doit se régler d'après la *lex rei sitæ*. — Ici l'on suppose que l'adoption ou le rejet de la succession universelle constitue une réalité distincte, d'où l'on peut ensuite tirer des conséquences sur le siége de la succession, et sur le droit local qui lui est applicable. Mais ces deux choses sont identiques, et la succession universelle n'est que la forme juridique, l'expression technique servant à désigner le point de vue qui rattache au domicile le siége de la succession, sans distinction des biens qui la composent. Ceci bien entendu, voici donc en quels termes devrait se faire la distinction proposée.

Dans les pays et d'après les auteurs qui rapportent le droit de succession à l'ensemble des biens considérés comme un seul tout, la *lex domicilii* est également décisive pour les immeubles; elle ne l'est pas, si l'on se place à un autre point de vue. Dans ce sens, la distinction ne sera certainement contestée par personne.

Voici un argument beaucoup plus grave, sou-

vent invoqué à l'appui de l'opinion intermédiaire (B). Il y a, dit-on, certaines espèces d'immeubles dont la succession, de l'aveu de tout le monde, doit se régler d'après la *lex rei sitæ* : tels sont notamment les fiefs et les biens grevés de substitutions. Or ce que l'on admet généralement pour cette espèce de biens doit, par voie de conséquence, s'appliquer à toutes les autres. — Examinons cet argument de plus près.

Il en est des fiefs et des substitutions comme de l'usufruit romain, qui ne fait pas partie des biens, et dès lors ne tombe pas dans la succession. L'usufruitier a pendant sa vie le droit de jouir des fruits, cette faculté est son seul bien; mais elle disparaît à sa mort, et il n'en reste pas la moindre trace dans la succession. Il en est de même absolument pour les substitutions et les fiefs. Celui qui possède un bien grevé de substitution jouit des fruits sa vie durant; mais ce droit finit à sa mort, et le bien retourne au propriétaire, à la famille au profit de laquelle la substitution est établie : seulement ce n'est pas une propriété libre qu'elle puisse vendre ou partager, comme cela a lieu après l'extinction d'un usufruit; mais le membre de la famille désigné par l'acte constitutif de la substitution est investi, pour sa vie, de la jouissance devenue libre par la mort du titulaire. Ainsi donc les fiefs et

les substitutions ne pouvant, de leur nature, dépendre d'une succession, les lois sur les successions soit du pays où était domicilié le possesseur défunt, soit du pays où sont situés les biens, ne peuvent atteindre ni les fiefs ni les substitutions. Ce sont des institutions de droit spéciales à certains immeubles déterminés, et ces institutions dépendent exclusivement de la *lex rei sitæ* (§ 366-368, Num. 5). Ce principe peut s'exprimer ainsi : Les lois sur la transmission des fiefs et des biens substitués sont des statuts réels; ou bien en d'autres termes : Le législateur peut établir des règles sur les fiefs et sur les substitutions pour les immeubles situés dans son territoire, mais non pour les immeubles situés en pays étrangers, lors-même que leurs possesseurs actuels seraient domiciliés dans son territoire.

En ce qui touche plusieurs autres classes d'immeubles, le rapport est un peu différent, mais le résultat reste toujours le même. — Lorsque la loi d'un pays, dans le but de favoriser le maintien d'une classe de paysans riches, ordonne (sans porter atteinte à la propriété et notamment au droit d'aliéner), relativement à la succession des biens de paysans, que l'aîné ou le plus jeune des fils sera seul héritier, voici quelle est la nature de cette loi. Elle exclut la succession testamentaire, le partage des biens, et le droit des

filles de succéder, tant qu'il existe des fils. C'est bien là une loi sur les successions; mais elle a, en dehors du domaine du droit pur, un but politique, et dès lors elle revêt le caractère d'une loi positive rigoureusement obligatoire (§ 349). Une semblable loi est un statut réel qui embrasse tous les biens de paysans situés dans le domaine du législateur, sans égard au domicile du propriétaire actuel de ces biens; mais elle ne s'étend pas aux biens de paysans qu'un national peut posséder en pays étranger. Elle ne se propose donc pas, comme le font ordinairement les lois sur les successions, de régler de la manière la plus convenable le sort des biens après la mort des propriétaires; mais elle cherche à atteindre un but politique par la manière dont elle règle le sort d'une classe de biens déterminée. — De semblables dispositions avec des conséquences absolument semblables existent pour les biens de la noblesse, dans le but de conserver la richesse des familles nobles. Telle était la loi de 1590, rendue dans le duché de Westphalie, qui excluait les filles du possesseur de la succession aux biens nobles. En 1838, l'application de cette loi donna lieu à un procès célèbre. Les tribunaux supérieurs de Munster et de Berlin décidèrent, avec raison, que cette loi est un statut réel applicable à tous les biens nobles situés dans le duché, quel que soit le domicile

des personnes appelées à la succession (*m*).

Tous les cas ici énumérés ont, malgré leurs différences, cela de commun, que les lois dont il s'agit s'occupent moins de transmettre convenablement les biens d'un défunt que de régler le sort de certains immeubles déterminés ou de certaines classes d'immeubles; on doit donc les regarder non comme des statuts personnels, mais comme des statuts réels (*n*). Ainsi je n'ai rien dit qui soit en contradiction avec la règle posée plus haut touchant l'application des pures lois sur les successions, et l'on ne peut rien trouver dans tout ce qui précède qui rende cette règle douteuse.

En traitant des divers rapports de droit, nous avons eu jusqu'à présent à signaler la liaison intime qui existe entre la juridiction spéciale et le droit local applicable (§ 360, Num. 1). On pourrait s'attendre à trouver ici une relation semblable, mais cela est absolument inadmissible; car pour le droit de succession on ne saurait découvrir d'autre localité que la localité

(*m*) Le comte Bocholtz contre la dame de Benningen; dans : Ulrich und Sommer, Neues Archiv, vol. VI, p. 472-512. Les passages les plus décisifs des motifs du jugement se trouvent p. 481, 507, 508.

(*n*) Wächter, II, p. 364, s'exprime absolument dans le même sens.

générale déterminée par le domicile du défunt (§ 375).

En droit romain (*o*), la pétition d'hérédité ne put pendant longtemps être portée que devant la juridiction du domicile du défendeur (*p*). La législation de Justinien permet d'intenter aussi cette action devant le *forum rei sitæ* (*q*). Mais cela signifie seulement que quiconque porte atteinte aux droits de l'héritier, en possédant *pro herede* ou *pro possessore*, un des biens de la succession, peut être actionné dans le lieu où est située la chose, c'est-à-dire dans le lieu où s'exerce la possession injuste qui constitue la violation de droit (*r*). Mais il est évident que

(*o*) Voy. Bethmann-Hollweg, Versusche, p. 61-69; Arndt's Beiträge, num. 2.

(*p*) L. un. C., ubi de hered. (III, 20). Les mots: « vel si ibi, ubi res hereditariæ sitæ sunt, degit » signifient : « La *hereditatis petitio* appartient exclusivement au *forum domicilii* du défendeur, et cette règle s'applique *lors même* (*vel* si ibi, etc.) que le défendeur *réside pendant quelque temps* dans le lieu où sont situés les biens de la succession (si ibi *degit*). » Arndt's Beyträge p. 122-124.

(*q*) Nov. 69, C., 1, qui a une très-grande extension. La L. 3, C., ubi in rem (III, 19), bien interprétée, s'applique uniquement à l'action de la propriété, non aux autres actions *in rem*, et par conséquent elle ne s'applique pas à la *hereditatis petitio*.

(*r*) La Nov. 69, C., 1, renvoie toujours devant le tribunal du lieu où le droit a été violé. La L. 3, C., ubi in rem (si on veut l'appliquer à la *hereditatis petitio*) dit également : « in locis, in quibus res... constitutæ sunt, *adversus possidentem* moveri. »

ce lieu ne saurait déterminer le droit local de la succession; car il se pourrait que les biens de la succession fussent disséminés dans des localités différentes, et possédés en violation du droit. Or, la succession dans son ensemble ou sa majeure partie ne peut être ramenée avec certitude à un lieu déterminé (§ 375), et dans aucune loi un semblable lieu n'est représenté comme motif d'une juridiction spéciale. En matière de substitutions le droit romain crée, il est vrai, une juridiction spéciale dans le lieu où se trouve la majeure partie de la succession (*s*); mais il est évident qu'une disposition arbitraire et exceptionnelle faite pour une institution isolée, ne saurait servir de règle générale pour le droit local de la succession.

Plusieurs législations modernes placent la juridiction de la succession dans le lieu où s'ouvre la succession (*t*), c'est-à-dire, en d'autres termes, au dernier domicile du défunt (*u*).

§ CCCLXXVII. IV. *Droit de succession. Questions de droit diverses.*

Comme nous l'avons fait pour les obligations (§ 374), nous allons examiner les diverses

(*s*) Voy. § 370; note *bb-ee*.

(*t*) Code de procédure, art. 59 : le tribunal du lieu où la succession est ouverte.

(*u*) Preusz. Allg. Gerichtsordnung, I, 2, § 121-125.

questions de droit qui peuvent s'élever à propos du droit local. Cet examen n'est nécessaire que pour les cas où la règle générale, qui décide tout d'après le domicile à l'époque du décès, se trouve insuffisante (*a*).

1) De même que la capacité personnelle du testateur relativement à ses rapports de droit est exigée à deux époques différentes (*b*), elle l'est aussi, en cas de changement de domicile, en deux localités différentes. Si donc cette capacité lui manque d'après la loi du domicile où il a fait son testament, le testament est et demeure sans effets, même après un changement de domicile. Le testament n'est pas non plus valable, si cette capacité manquait au testateur d'après la loi du domicile qu'il avait lors de son décès. En voici la raison. L'acte de dernière volonté doit être considéré comme exprimé à deux époques différentes, et possiblement dans deux endroits différents : en fait à l'époque de sa rédaction, et dans le lieu où le testateur est alors domicilié; en droit à l'époque du décès, et dans le lieu du domicile à la même époque (§ 393).

(*a*) On peut consulter les règles posées plus bas (§ 393, 395) touchant la collision dans le temps des lois sur les successions. Les détails que je donne sur la nature du testament sont applicables ici.

(*b*) A l'époque où le testament a été fait, et à l'époque de la mort (§ 393).

2) La capacité personnelle du testateur relativement aux conditions physiques, l'âge par exemple, se règle d'après la loi en vigueur au domicile du testateur lors de la rédaction du testament, sans égard aux changements ultérieurs de domicile.

3) Le contenu du testament, et notamment sa validité ou son invalidité légale, se juge d'après la loi en vigueur au dernier domicile du testateur. Cela s'applique particulièrement aux règles sur l'exhérédation, la prétérition et la légitime. Il en est de même pour les legs et les substitutions. Sans doute les legs et les substitutions ne portent que sur des objets particuliers et limités; d'où l'on pourrait conclure que la *lex rei sitæ* leur est applicable. Mais en réalité ces institutions ne sont que des modifications secondaires de la succession dans son ensemble, et cet ensemble est le point de vue où il faut se placer pour en bien juger. Si on les traitait séparément, on arriverait aux plus grandes contradictions.

Des lois rigoureusement obligatoires peuvent motiver des exceptions à ces règles. Ainsi, quand un testament grève de substitution un bien situé dans un pays étranger, dont la loi ne reconnaît pas les substitutions, le juge doit se conformer à cette loi et déclarer nulle la clause du testament.

L'interprétation des testaments est soumise

aux mêmes règles que l'interprétation des contrats (§ 374, B). Ces règles nous renvoient en général au dernier domicile du testateur (*c*).

4) La capacité personnelle de ceux appelés à recueillir la succession en totalité ou en partie (héritiers et légataires) se règle d'après leur domicile, non d'après celui du défunt, et d'après leur domicile à l'époque du décès; car c'est alors que s'ouvre leur droit de succession.

Des lois rigoureusement obligatoires peuvent motiver des exceptions. Si, par exemple, l'héritier institué ne peut, d'après la loi de son pays, recueillir la succession pour cause de mort civile ou d'hérésie, empêchements que ne reconnaissent pas d'autres législations, ou s'il existe une loi restrictive sur l'acquisition des biens de mainmorte, alors on n'applique pas la loi en vigueur au domicile de l'héritier, mais celle en vigueur dans le lieu où siége le tribunal appelé à prononcer, qui très-souvent se trouvera être celle du domicile du défunt (§ 349-365).

5) Je parlerai plus bas de la forme des testaments, quand je traiterai de la règle : *locus regit actum* (§ 381).

6) Quand la loi du lieu où était domicilié le testateur à l'époque où il testait ne reconnaît pas les testaments, son testament est et demeure

(*c*) Fœlix, p. 71.

nul. Il l'est aussi quand la loi en vigueur au dernier domicile ne reconnaît pas les testaments. Nous retrouvons donc ici les mêmes règles que celles exposées plus haut touchant la capacité juridique de la personne du testateur (Num. I).

7) La succession *ab intestat* se règle d'après la loi en vigueur au dernier domicile du testateur à l'époque où s'ouvre la succession (*d*). Cela s'applique notamment à l'ordre d'après lequel la loi appelle à succéder les héritiers *ab intestat*. Il en est de même des conditions de la parenté en général, par conséquent aussi de la parenté résultant du mariage et de la légitimation (*e*).

Les contrats sur les successions sont étrangers au droit romain. Quand ils sont permis, ils sont soumis aux mêmes règles que les testaments.

Le contrat unilatéral sur la succession se juge d'après la loi établie au domicile du testateur. Il en est de même des contrats bilatéraux. Le fait accidentel du prédécès détermine celle des parties qui doit être considérée comme le testateur. Cette règle se fonde sur l'analogie des testaments, mais elle n'est pas moins fondée si l'on se rapporte au droit local des contrats. Car pour l'ensembles des biens le domicile du défunt peut

(*d*) Sur la détermination plus exacte de cette époque, voy. § 395.

(*e*) Wächter, II, p. 364.

seul être regardé comme le lieu d'exécution d'un contrat sur la succession.

Quand dans un de ces lieux les lois touchant les contrats sur les successions viennent à changer, on se règle uniquement d'après la loi en vigueur à l'époque où a été fait le contrat (§ 395).

8) Le droit de recueillir une succession vacante (*bona vacantia*) doit toujours être regardé comme suppléant au droit de succession : dès lors il se détermine aussi d'après la loi du domicile du défunt, sans égard à la situation des biens, même des immeubles qui se trouvent en pays étrangers. En droit romain, le droit de succession du fisc ne s'appelle pas *hereditas*, mais il est soumis absolument aux mêmes règles, de sorte que le fisc peut se trouver vis-à-vis des légataires dans la position d'un véritable héritier (*f*). Indépendamment de la question du droit local applicable aux *bona vacantia*, nous avons encore à examiner quel fisc doit recueillir ces biens, le fisc du domicile, ou celui du lieu où sont situés les biens. En effet, cette question peut s'élever entre deux pays qui tous deux suivent le droit romain. Elle doit être décidée en faveur du fisc du domicile, d'après le motif donné pour le droit local, c'est-à-dire parce que ce droit du

(*f*) Glück, Intestaterbfolge, § 147-150; Puchta, Pandekten, § 564.

fisc a la nature juridique d'un héritage, et il ne lui en manque que le nom (g).

§ CCCLXXVIII. IV. *Droit de succession. — Droit prussien.*

Auteurs :

Bornemann, Preussisches Recht, 2e éd., vol. I, p. 54-62.

Rintelen, Abhandlung, dans Kamptz's Jahrbüchern, vol. XXX, p. 89, sq.

Koch, Preussisches Recht, vol. I, § 40, Num. II.

Erganzungen, etc. Von Graff, etc. (Fünfmannerbuch), 2e éd., vol. I, p. 116-121.

Un grand débat s'est élevé de nos jours sur la question de savoir quel est, d'après la législation prussienne, le droit local applicable au droit de succession. Est-ce en général, comme le prétendent les deux derniers auteurs cités, le droit du domicile du défunt; ou pour les immeubles, comme le soutiennent les deux premiers auteurs, le droit du lieu où sont situés les biens?

Si nous envisageons la chose au point de vue des principes généraux, nous ne devons pas hésiter à prendre pour base le domicile, conformément au droit romain. Cela est la conséquence rigoureuse et nécessaire de la succession universelle, telle que l'entendent les Romains (§ 375);

(g) Glück, Intestaterbfolge, § 149.

et ce n'est pas là une idée que nous prêtions à la législation prussienne ; car elle forme évidemment la base de l'ensemble du droit prussien sur les successions. S'il existait des lois prussiennes en contradiction avec ce principe, nous ne pourrions tout au plus y voir qu'une inconséquence.

Tout le débat porte en réalité sur l'interprétation du texte suivant du code (introduction, § 32) :

« En ce qui touche les biens immobiliers, on applique les lois de la juridiction dans le ressort de laquelle ces biens sont situés, sans égard à la personne du propriétaire. »

Si l'on donne à cette prescription, présentée sous une forme très-abstraite, toute l'extension dont les mots sont susceptibles, on peut y trouver le sens que lui attribuent les adversaires. Mais il s'agit de savoir comment elle doit être entendue d'après les règles d'une saine interprétation. D'abord il faut reconnaître que cette prescription ne s'applique nullement à la succession pour cause de mort, mais aux actes entre vifs (*a*). Cela résulte de la rédaction du texte correspondant à celui-ci dans le projet imprimé (introduction, § 30) :

« En ce qui touche les immeubles, les lois provinciales et les statuts s'appliquent à tous ceux

(*a*) Telle est aussi l'opinion de Koch, Preuszisches Recht, § 40, note 12, où, par suite d'une faute d'impression, on lit § 23 au lieu de § 32.

ab intestat ordinaire, uniquement parce que dans la succession il peut aussi y avoir des immeubles. Mais ce caractère se trouve certainement dans les lois sur la succession pour cause de mort, notamment dans les lois sur la transmission des fiefs, des biens substitués, etc. (§ 376). Ces lois sont effectivement de véritables statuts réels; et quand nous leur appliquons notre texte, nous agissons dans son véritable esprit, soit que ses auteurs aient pensé ou n'aient pas pensé à cet objet spécial. Aussi notre principal adversaire déclare qu'il avait d'abord entendu notre texte dans le sens de cette restriction, et que ce n'est que plus tard qu'il lui a donné plus d'extension (*a*[1]). Seulement on se tromperait beaucoup si l'on prenait cette restriction pour une troisième opinion intermédiaire.

C'est bien là notre opinion entière et complète; car jamais personne n'a songé à exclure de la *lex rei sitæ* la transmission des fiefs des biens substitués, etc. La discussion ne porte que sur un seul point? Doit-on, pour la succession *ab intestat* pure et ordinaire, appliquer aux immeubles la *lex rei sitæ*, comme le prétendent les adversaires? ou ne doit-on pas la leur appliquer, ainsi que nous le pensons? Non-seulement notre interprétation se recommande par ses conséquences;

(*a*[1]) Bornemann, p. 61.

mais un puissant motif de la regarder comme vraie est l'incroyable difficulté que présente dans son application l'interprétation opposée.

Un exemple rendra la chose sensible. Un habitant de Berlin meurt sans testament, laissant une veuve et plusieurs proches parents. Ses biens se composent d'un domaine rural près de Berlin, d'un domaine rural en Silésie, d'une maison à Ehrenbreitstein, d'une maison à Coblentz; d'un autre côté il a plusieurs dettes personnelles qui naturellement affectent toutes les parties de ses biens. D'après l'opinion des adversaires, la succession des immeubles ne serait pas réglée par moins de quatre lois, qui peuvent créer des héritiers tout différents : dans la marche de Brandebourg, la Joachimica de 1527 (*b*) avec les prétentions de la veuve à la moitié de l'ensemble des biens des deux conjoints; en Silésie, le code prussien (*c*); à Ehrenbreitstein, le droit romain; à Coblentz le code français; de sorte qu'il y aurait en réalité quatre successions différentes.

Quant aux créanciers, peuleur importe la personne de l'heritier, pourvu qu'ils soient satisfaits; mais on ne peut les satisfaire avant d'avoir déterminé judiciairement la valeur de chaque im-

(*b*) Corpus const. Marchicarum, publié par Mylius, Th. II Abth. I, p. 19.

(*c*) Depuis la loi du 11 juillet 1845, qui a aboli toutes les lois provinciales de la Silésie sur le droit de succession.

meuble et son rapport avec l'ensemble des biens. Les adversaires prétendent que ces difficultés ne doivent pas nous arrêter (*d*). Je comprendrais ce langage s'il s'agissait d'épargner aux juges des embarras et des doutes; mais les difficultés et le préjudice retombent sur les parties, notamment sur les créanciers, et cela dans quel but? Non dans le but de respecter un principe de droit certain, mais de maintenir l'interprétation littérale d'un paragraphe du code, que les adversaires doivent tout au moins reconnaître susceptible d'une autre interprétation.

Cette circonstance me paraît fournir l'argument le plus fort à l'appui de mon interprétation; car il n'est nullement vraisemblable que le législateur ait voulu établir un principe qui imposerait aux parties intéressées, notamment aux créanciers, des embarras tout à fait inutiles. Ce motif purement pratique me semble d'un plus grand poids que le raisonnement suivant, fait par les adversaires : A l'époque, disent-ils, où fut rédigé le code, la doctrine contraire dominait dans la pratique. Or, on doit admettre que le législateur s'est conformé à cette pratique, puisqu'il n'a pas exprimé clairement l'intention de s'en écarter (*e*).

(*d*) Bornemann, p. 62.

(*e*) Un fait remarquable, c'est que, peu de temps avant la

Voici en outre différents textes de la législation prussienne qui se rattachent à la question qui nous occupe.

1) Relativement à la succession *ab intestat* entre époux, le code dit en général que l'on appliquera la loi locale en vigueur au domicile du défunt (*f*), et une addition faite à ce texte postérieurement est conçue en ces termes :

« Appendice § 78. Ne sont pas exceptés de cette disposition les biens immeubles des époux, lors même qu'ils sont situés dans une autre juridiction. »

Rien de plus simple et de plus naturel que de regarder cette loi comme une application particulière de notre principe, et dès lors comme sa confirmation. Les adversaires prétendent que l'on a voulu faire une exception à la règle par eux établie; mais c'est en vain qu'ils cherchent à justifier ce point de vue par l'histoire de l'origine de ce texte (*g*).

rédaction du code, Puffendorf, quoique praticien, avait savamment démontré la fausseté de ce système (§ 376, *h*).

(*f*) A. L. R., II, 1, § 495.

(*g*) Bornemann, p. 58-60. Le § 78 de l'appendice est emprunté à une décision de la commission de législation de 1794. Cette décision fut rendue sur une demande de la régence de Clèves, où la fausse doctrine se trouvait incidemment représentée comme vraie pour d'autres cas. La commission donna son avis sans entrer dans la discussion des motifs, et par là elle aurait, dit-on, approuvé la fausse doctrine de la régence de

2) D'après la doctrine des adversaires, un seul décès pourrait souvent donner ouverture à plusieurs successions, à quatre dans l'exemple cité plus haut. Il faut alors, pour être conséquent, admettre une juridiction spéciale pour chacune d'elles dans le lieu de la situation des divers immeubles. Or, la loi prussienne ne reconnaît jamais qu'une seule juridiction pour la succession, au dernier domicile du défunt (*h*), et par là même elle reconnaît qu'il ne peut jamais y avoir qu'une seule succession.

3) Quand on institue un héritier, et que, sans autre disposition, on lui substitue plusieurs personnes qui seraient les héritiers *ab intestat* de l'héritier institué, la substitution s'interprète d'après les règles sur la succession *ab intestat*, et ces règles sont celles établies par la loi en vigueur au domicile de l'héritier institué (*i*). Cela implique évidemment que le domicile détermine exclusivement la succession *ab intestat*, sans exception des immeubles qui peuvent se trouver dans d'autres lieux (*k*).

Clèves, et n'aurait rendu sa décision que comme simple exception. Les pièces relatives à cette question sont imprimées dans Klein's Annalen, vol. XIII, p. 3-6.

(*h*) Allg. Gerischtsordnung, I, 2, § 121.

(*i*) A. L. R., I, 12, § 536, 537.

(*k*) Bornemann, p. 60, pour écarter ce motif, suppose arbitrairement que le testateur n'a voulu avoir qu'un seul héritier substitué.

J'observe en finissant que la doctrine ici établie est adoptée par la plupart des auteurs (*l*) et par la plupart des tribunaux (*m*).

§ CCCLXXIX. V. *Droit de la famille.* — A. *Mariage.*

Le droit de la famille a beaucoup de ressemblance avec l'état de la personne en soi (la capacité du droit et la capacité d'agir, § 362), et il se distingue essentiellement des rapports concernant les biens qui mettent la personne en contact avec des objets extérieurs arbitrairement choisis (*a*). — D'un autre côté, des considérations morales et religieuses et des considérations politiques exercent sur ce droit une grande influence. Aussi trouve-t-on dans son domaine beaucoup de lois positives ayant un caractère rigoureusement obligatoire.

A) Mariage.

Le véritable siége du lien conjugal ne donne lieu à aucun doute; il est au domicile du mari, qui, d'après le droit de tous les peuples et de tous

(*l*) Ce fait est reconnu par Bornemann, p. 54.

(*m*) Cela est reconnu par Bornemann, p. 62. Je citerai à ce sujet un savant jugement du tribunal de Glogau de 1828 (Fünfmännerbuch, p. 118, 119). Le jugement cité plus haut (§ 376, *m*) est aussi conforme à la bonne doctrine, quoique l'on puisse relever plusieurs erreurs dans les motifs.

(*a*) Voy. Vol. I, § 53.

les temps, est reconnu comme le chef de la famille (*b*). C'est donc ce domicile qui détermine le droit local du mariage, et le lieu où le mariage a pu être célébré en dehors du domicile n'a ici aucune influence (*c*).

Plusieurs auteurs ont mis en doute cette dernière proposition, parce qu'ils regardaient le mariage comme un contrat obligatoire, et qu'ils avaient coutume de déterminer le droit local des contrats de cette espèce d'après le lieu où ils sont conclus. D'abord le premier de ces points de vue est faux; car le mariage n'a rien de commun avec les contrats obligatoires; et ensuite, quand même il serait vrai, nous aurions à déterminer le droit local, non d'après le lieu où le mariage a été conclu, mais d'après le lieu de son exécution (§ 372). Or, le domicile du mari est certainement le lieu où les obligations qui dérivent du mariage reçoivent leur exécution.

Cela posé, nous allons examiner successivement diverses questions de droit relatives au mariage.

1) Les conditions de la possibilité du mariage,

(*b*) L. 5, de ritu nupt. (XXIII, 2) : « ... deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, *quasi in domicilium matrimonii.* » Ce n'est pas là une loi romaine, ni même une prescription positive, mais la reconnaissance d'un rapport fondé sur la nature du mariage.

(*c*) Huber, § 10; Story, § 191-199.

ou, en sens inverse, les empêchements au mariage, se fondent en partie sur les qualifications personnelles de chacun des époux en soi, et en partie sur les rapports qui existent entre les deux époux. D'après les principes généraux, on pourrait supposer que la capacité personnelle de la femme se juge d'après le droit de son domicile (§ 362).

Mais en cette matière les lois supposent sur des considérations morales, et sont rigoureusement obligatoires : aussi les empêchements au mariage établis par la loi du domicile du mari subsistent absolument, quelle que puisse être d'ailleurs la loi du domicile de la femme ou du lieu de la célébration du mariage. Cette règle s'applique notamment aux empêchements fondés sur la parenté ou sur des engagements religieux (*d*).

2) Les formalités nécessaires pour la célébration du mariage ne se règlent pas nécessairement d'après le lieu mentionné ci-dessus.

Je reviendrai plus bas sur ce sujet (§ 381).

3) Une question importante et controversée est celle de savoir d'après quelle loi se juge le droit des biens dans le mariage; car précisément en cette matière les lois diffèrent singulièrement les unes des autres. Dans chaque cas particulier,

(*d*) Wächter, II, p. 185, 187; Schäffner, § 102, 103. Sur ce point la pratique varie beaucoup, suivant le pays. Story, § 79, sq.

il s'agit de se prononcer entre le régime dotal (romain) et la communauté de biens (germanique). Mas le régime dotal tantôt est purement romain, tantôt subit des modifications qui sont très-répandues en Allemagne. La communauté de biens existe également avec une grande diversité de degrés.

Tout le monde est d'accord sur le principe que le droit des biens dans le mariage se détermine d'après le domicile du mari (*e*), et non d'après le lieu où le mariage a été célébré. Il y a néanmoins entre ceux qui admettent le principe de grandes divergences d'opinions.

D'abord plusieurs prétendent que les biens situés dans d'autres pays ne sont pas régis par ce principe, mais par la *lex Rei sitæ* (*f*). C'est une erreur, car la *lex domicilii* doit s'appliquer également aux biens situés dans d'autres pays (*g*). — La décision étant ici la même que pour le droit de succession, on pourrait être tenté de lui donner le même motif en ramenant la chose à une espèce de succession universelle (§ 376).

(*e*) P. Voet., Sect. 9, C., 2, § 5, 6; Wächter, II, p. 47; Fœlix, p. 127.

(*f*) P. Voet., Sect. 4, C., 3 § 9; J. Voet., in Pand., XXIII, 2 § 60; Hommel, Rhaps. Obs., 175, 409, n. 15; Story, § 186, 454.

(*g*) Hert., § 46; Wächter, II, p. 48; Fœlix, p. 127-129; Schäffner, § 106, 107. C'est ce que décide le code prussien (A. L. R., II 1, § 365-369).

Mais ce n'est pas ainsi qu'on doit envisager les institutions qui nous occupent et notamment la dot, qui comprend tous les biens de la femme. Voici plutôt le véritable motif de cette décision. Le choix du droit local se ramène de préférence à la soumission volontaire (§ 360, Num. 2). Or, il n'est nullement vraisemblable que les époux aient voulu subordonner la règle des rapports de leurs biens à une circonstance tout à fait accidentelle, la situation d'une partie de leurs biens dans un autre pays. La diversité du droit, applicable aux différentes parties des biens, pourrait amener des complications et des incertitudes auxquelles il n'est pas présumable que les parties aient voulu s'exposer.

Un second objet de discussion est le cas où, pendant la durée du mariage, le mari change de domicile (*g*).

Les uns pensent que le droit local du premier domicile subsiste pour tous les temps, et qu'ainsi il ne peut être changé par le choix d'un domicile nouveau. On en donne ordinairement pour motif que le fait du mariage implique la convention tacite que les biens des époux seront toujours réglés d'après la loi en vigueur au domicile du mari lors de la célébration du ma-

(*g*[1]) C'est la question importante que je m'étais réservé (§ 344, *e*) de discuter plus tard.

riage (*h*). Je regarde cette opinion comme vraie. J'examinerai plus bas le motif sur lequel on l'appuie.

D'autres n'admettent pas de convention tacite, et ils prétendent que les biens des époux sont toujours soumis à la loi du domicile; d'où il résulte que, dans le cas d'un changement le domicile, le droit de ce domicile devient applicable, et ainsi tout changement de domicile peut déterminer l'application d'un droit nouveau (*i*).

D'autres enfin adoptent une opinion intermédiaire; ils n'admettent pas non plus la convention tacite, et ils regardent le droit du domicile comme seul décisif, mais sous cette réserve que pour les biens existant au moment du mariage le droit reste immuable (comme *jus quæsitum*), et que les biens acquis postérieurement sont seuls régis par la loi du nouveau domicile (*k*).

(*h*) P. Voet., Sect. 9, C., 2, § 7; J. Voet, in Pand., XXIII, 2 § 87; Hert., § 48, 49; Pufendorf, II, Obs., 121; Wächter, II p. 49-55; Schäffner, § 109-114; Fœlix, p. 130, 132; Bülow und Hagemann, Erörterungen, vol. VI, num. 25; Pfeiffer Praktische Ausführungen, vol. II, num. 6; jugements des tribunaux de Celle (1836) et de Munich (1845), dans Seuffert Archiv., vol. I, n. 152.

(*i*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 35, *g*, § 307, *d*, § 410, *e*, *f*, Story, § 187. D'autres auteurs sont cités dans Wächter, II, p. 49.

(*k*) Kierulff p. 78, 79 (à la fin de toute la note); Puchta, Pandekten, § 113, et Vorlesungen, § 113. Cf. Wächter, II,

Examinons maintenant de plus près les motifs de ces diverses opinions. — La première se recommande évidemment par un juste sentiment du droit. Avant le mariage, la femme était libre ou de ne pas le contracter, ou de le soumettre à certaines conditions quant aux biens. Elle ne fait pas de contrat de ce genre, mais elle accepte la loi établie au domicile du mari, et naturellement elle compte sur sa durée. Maintenant le mari par le seul fait de sa volonté change de domicile, comme il le peut incontestablement; et dès lors s'établit pour les biens des époux un droit tout nouveau. Si la femme approuve ce changement, notre question perd de son importance; car le droit des biens aurait pu être modifié par contrat. Mais notre question a une grande importance si le changement est préjudiciable à la femme, et que celle-ci ne l'approuve pas. C'est précisément pour empêcher que la seule volonté du mari ne porte ainsi atteinte aux droits de la femme, que les partisans de la première opinion ont admis l'existence d'un contrat tacite. Les adversaires ont reculé devant cette présomption, et non sans fondement; mais on peut arriver au même but tout en abandonnant le contrat tacite. En effet, on entend par contrat

p. 50 (note 264) et p. 54; lui-même se range à la première opinion (note *h*).

exprès ou tacite une déclaration de deux volontés conformes, et par conséquent les deux parties doivent en avoir distinctement conscience (*l*). Maintenant, quand un mariage se célèbre, peut-on admettre chez les deux conjoints et surtout chez la femme une connaissance positive du droit des biens? Non évidemment; et dès lors la présomption générale d'un contrat tacite est inadmissible. Mais nous devons toujours admettre, comme fondement du droit local, la soumison volontaires, qui peut s'exprimer négativement par l'absence de contradiction (§ 360, Num. 2). Or, cette soumission au droit local du nouveau domicile n'existe pas dans le cas supposé plus haut d'un désaccord entre les deux époux; et dès lors le changement du droit des biens ne se trouve pas motivé, même au point de vue des adversaires, qui regardent la loi et non le contrat comme déterminant le droit local. Ainsi, en réalité, nous arrivons par une autre voie au but où nous conduirait l'admission d'un contrat tacite (*m*).

(*l*) Voy. Vol. III, p. 140.

(*m*) Ce motif de la première opinion, qui peut-être suffit pour réfuter plusieurs des adversaires cités, se trouve déjà dans Schäffner, § 114. — On pourrait désigner la divergence des points de vue et la conciliation ici proposée, en disant que l'on attribue au droit du domicile primitif moins la nature d'un contrat tacite que celle d'un contrat fictif, sem-

Nous avons supposé le cas où le nouveau droit des biens résultant du changement de domicile est préjudiciable à la femme, et par conséquent contre sa volonté. Sans doute ce cas fait ressortir de la manière la plus frappante les conséquences injustes de l'opinion que je combats, mais il n'est pas le seul. Quand un fonctionnaire est envoyé dans une province, où les biens des époux sont régis par un droit différent, ce changement de domicile s'opère sans sa volonté, et le changement du droit peut ne convenir à aucun des deux époux. Et cependant ils seraient quelquefois forcés de le subir, ou, pour s'y soustraire, de recourir à des actes difficiles et dispendieux. Mais voici une considération qui justifie encore mieux la doctrine que je cherche à établir. Lorsque le législateur règle le droit des biens entre époux, quelles personnes a-t-il directement en vue? Il a certainement en vue tous les époux qui vivent sous ses lois, et c'est pour eux qu'il fait les règlements qu'il juge les meilleurs en soi, ou les mieux appropriés aux mœurs et aux usages du pays. Veut-il aussi imposer ces règlements à ceux qui, mariés

blable au *pignus tacite contractum*, où l'on ne recherche pas si les parties ont eu clairement conscience de leurs actes. Il n'y a ici de différence que dans les termes : la chose essentielle consiste dans le droit déterminé de chaque partie, indépendant de la volonté arbitraire de l'autre.

ailleurs, viennent s'établir dans son domaine? Nous n'avons pas de motif pour admettre une intention qui serait en contradiction avec son but principal, tel que je viens de l'exposer. Si donc il est vraisemblable que la loi n'a point eu en vue les époux nouvellement domiciliés, l'argument des adversaires perd pour eux toute sa force.

La vérité des principes que je viens de poser une fois admise, la seconde et la troisième opinion se trouvent implicitement condamnées. La seconde se montre particulièrement dure et injuste, et relativement aux biens acquis. Lorsque, dans un pays où la loi admet la communauté de biens dans toute son extension, un homme riche épouse une femme pauvre: le seul fait de la célébration du mariage met en commun tous les biens des époux. Si plus tard le mari transporte son domicile dans un lieu où la loi établit le régime dotal, d'après la seconde opinion la femme perdrait immédiatement, et contre sa volonté, la portion des biens à elle acquise. C'est pour repousser cette conséquence injuste que la troisième opinion a été imaginée. Mais, indépendamment de ce qu'elle est contraire aux principes, cette opinion a en outre le vice de toutes les demi-mesures. Si l'on règle les biens acquis par la loi de l'ancien domicile, et les biens futurs par la loi du domicile nouveau, il

en résultera des complications et des contradictions que l'on ne saurait prévoir, et qui seraient également contraires aux intérêts et aux vœux des parties.

Sans doute la seconde opinion devrait être admise, s'il existait au nouveau domicile une loi rigoureusement obligatoire et exclusive touchant les biens des époux : si, par exemple, une loi défendait de contracter mariage autrement que sous le régime dotal, et d'exécuter toutes conventions matrimoniales différentes faites dans un autre pays ; ou si elle prescrivait exclusivement la communauté de biens (*m'*). Nous n'avons pas à rechercher ici s'il existe réellement de semblables lois.

La loi prussienne reconnaît en général la doctrine que je viens d'établir, et qui regarde comme toujours applicable le droit local en vigueur au domicile du mari lors de la célébration du mariage; sauf deux modifications secondaires pour le cas où des époux mariés sous le régime dotal transporteraient leur domicile dans un lieu où la règle est la communauté de biens (*n*).

4) Les lois qui restreignent la libéralité d'un époux envers l'autre demandent une mention particulière, et notamment la prohibition du

(*m'*) Wächter, II p. 55, 362, § 350-355.
(*n*) A. L. R., II, 1.

droit romain, qui interdit toute donation entre époux.

En cette matière on applique la loi du domicile, non du domicile primitif, mais de celui existant à l'epoque où intervient la libéralité. Le motif de cette décision, contraire aux principes établis plus haut, est que les lois de cette espèce ayant pour but de maintenir la pureté des mœurs dans le mariage, sont par là même rigoureusement obligatoire (§ 349).

Si l'on compare ce cas à celui traité précédemment (Num. 3), on ne saurait prétendre que des époux qui se marient dans un pays de droit romain, et qui plus tard transportent ailleurs leur domicile, sont convenus tacitement que jamais ils ne pourraient se faire de donations valables. Cette prohibition est une pure restriction de la liberté que les époux doivent subir, et non une institution à laquelle ils se soumettent volontairement par le fait de leur mariage.

D'un autre côté, on ne doit pas admettre que les lois dont il s'agit s'appliquent à tous les immeubles situés dans le pays, mais possédés par des époux qui habitent un pays où cette restriction de la liberté n'existe pas (*o*). En effet, le but de ces lois n'est pas de protéger les biens

(*o*) Telle est l'opinion de Rodenburg, Tit. 2, C., 5, § 1; de J. Voet., in Pand., XXIV, 1, § 19; de Meier, p. 44.

contre un dommage que pourrait leur occasionner une donation entre époux, mais, on l'a déjà dit, de maintenir la pureté des mœurs dans le mariage. Ainsi donc le législateur dispose pour les époux soumis à ces lois, sans égard à la situation de leurs biens.

5) La succession *ab intestat* entre époux se règle, comme celle entre étrangers, d'après le dernier domicile du défunt. Mais souvent il peut s'élever des doutes sur la question de savoir si la réclamation de l'époux survivant se fonde sur la succession *ab intestat* proprement dite, ou n'est qu'une simple continuation de ce qui existait pendant le mariage (la communauté de biens). Dans le premier cas, on suivrait la loi du dernier domicile; dans le second, celle du domicile où a été contracté le mariage, comme je l'ai montré plus haut (Num. 3).

Ce doute pourrait s'élever notamment au sujet de la Joachimica, en vigueur dans la marche de Brandebourg, dont j'ai parlé précédemment (§ 378, *b*). Ici le droit de l'époux survivant à la moitié de l'ensemble des biens doit être regardé comme dérivant de la succession *ab intestat*, non comme la conséquence d'une espèce de communauté, et dès lors il se règle d'après le dernier domicile. Cela résulte de la relation que la loi établit entre ce droit de la femme et les autres parties de la succession *ab intestat*. Ce

droit est donc absolument de la même nature que les institutions suivantes du droit romain : la *bonorum possessio unde vir et uxor*, et la succession de l'époux survivant indigent.

6) Le divorce se distingue des institutions relatives aux biens dont je viens de parler, en ce que les lois sur cette matière se rattachent à l'élément moral du mariage, et dès lors ont le caractère de lois rigoureusement obligatoires. Ainsi donc le juge appelé à prononcer sur un divorce ne peut que suivre les lois de son pays, sans égard aux autres rapports des époux (*p*). Mais ce principe nous renvoie à la loi en vigueur au domicile du mari ; car là seulement se place la juridiction compétente pour connaître du divorce.

Ici il faut entendre par domicile le domicile actuel, et non celui existant lors de la célébration du mariage, comme quand il s'agit des biens. En effet, la loi de l'ancien domicile n'a pu donner à aucun des époux le droit ou même l'attente légitime d'obtenir plus tard le divorce, puisque les lois en cette matière rentrent, comme on l'a vu, dans un autre ordre d'idées. Sur toutes ces questions les plus grandes divergences existent tant entre les opinions des auteurs qu'entre les décisions des tribunaux (*q*).

(*p*) Voy. § 349. Schäffner, § 124, et Wächter, II, p. 184.188, sont au fond du même avis.

(*q*) Schäffner, § 118-125; Story, chap. VII.

§ CCCLXXX. V. *Droit de la famille.* — B. *Puissance paternelle.* — C. *Tutelle.*

B) Puissance paternelle.

La puissance paternelle constituée par la naissance d'un enfant pendant le mariage, et les contestations auxquelles elle peut donner lieu, se jugent d'après la loi de la localité où le père avait son domicile lors de la naissance de l'enfant.

Quant au rapport des biens entre le père et les enfants, ils se jugent d'après la loi du domicile actuel du père; et ainsi un changement de domicile peut déterminer le changement de ces rapports (§ 396, II).

La légitimation par mariage subséquent se règle d'après le domicile du père à l'époque de la célébration du mariage, et l'époque de la naissance de l'enfant est tout à fait indifférente. A la vérité on a prétendu que cette dernière époque devait être prise en considération, parce qu'au moment de la naissance il existe pour l'enfant un certain rapport de droit, qui acquiert sa complète efficacité par le mariage subséquent du père et de la mère; et l'on ajoute que, sans cela, le père pourrait avant le mariage choisir arbitrairement un domicile préjudiciable à l'enfant (*a*). Mais il

(*a*) Schäffner, § 37.

ne saurait être question des droits d'un semblable enfant ni de la violation de ces droits; car non-seulement le père est parfaitement libre de ne pas se marier avec la mère de son enfant, mais il l'est aussi, même en épousant la mère, de ne pas reconnaître l'enfant. Dans les deux cas, l'enfant n'acquiert pas le droit de la légitimité; car une véritable preuve de la filiation hors du mariage est impossible, et dès lors la libre reconnaissance à côté et indépendamment du mariage peut seule conférer à l'enfant les droits d'une naissance légitime (*b*).

Partout où s'étend l'empire du droit anglais, il est reconnu que l'influence de la puissance

(*b*) Telles sont les prescriptions du droit commun. En droit romain, ce principe ressort avec moins de clarté, parce que la légitimation n'était permise que pour les enfants nés d'une concubine (*naturales*), et alors la paternité était en fait presque aussi certaine que pour les enfants d'un mariage. Nous n'avons plus d'enfants *naturales*, nous n'avons que des *spurii*, et pour eux tout dépend certainement de la reconnaissance entièrement libre du père. — A la vérité le droit prussien reconnaît sa preuve de la simple cohabitation à une époque déterminée avant la naissance, comme preuve de la paternité (A. L. R., II, 1, § 1077). Néanmoins, dans le cas de légitimation par mariage subséquent, les droits de la légitimité ne commencent qu'à partir de la célébration du mariage (A. L. R., II, 2, § 598). Aussi d'après l'esprit du code prussien, la légitimation doit être refusée quand, avant le mariage, le père transporte son domicile dans un pays régi par le droit commun, et refuse de reconnaître l'enfant.

paternelle et de la légitimation sur des immeubles situés en d'autres pays, se juge, non d'après la *lex domicilii*, mais d'après la *lex rei sitæ* (*c*).

C) Tutelle.

La tutelle diffère essentiellement des diverses institutions dont il a été parlé jusqu'ici. C'est seulement dans le droit romain primitif qu'elle pouvait être considérée comme un rapport de pur droit privé. Mais depuis, le caractère exclusif qu'elle revêt aujourd'hui dans le droit commun de l'Allemagne et dans d'autres législations s'est constamment prononcé davantage.

La tutelle ne nous apparaît plus à présent que comme l'exercice de la protection que l'État peut et doit accorder à la classe la plus nombreuse et la plus importante de ceux qui ne peuvent se protéger eux-mêmes, les impubères et les mineurs. Ainsi comprise, la tutelle appartient essentiellement au droit public, et elle ne rentre que par quelques-unes de ses conséquences dans le domaine du droit privé. Cela nous explique encore pourquoi le droit qui régit la tutelle non-seulement varie suivant les pays, mais en outre dans le même pays est traité plus librement par les fonctionnaires publics que les rapports de pur droit privé. Ces différences se

(*c*) Story, § 456, § 87. Schäffner, § 39, combat avec raison cette doctrine.

montrent, non-seulement dans les règles du droit, mais aussi dans la déterminations du droit local qui fournit les règles.

Je passe à la discussion des question de droit les plus importantes en cette matière.

1) Constitution de la tutelle.

L'on admet avec raison, comme principe, que le droit local du domicile de l'impubère, lequel coïncide ordinairement avec le dernier domicile du père décédé, détermine la constitution de la tutelle, et que cette tutelle embrasse également les biens du pupille situés dans d'autres lieux (*d*). Néanmoins ce principe n'est pas absolu.

D'abord, quand les immeubles du pupille sont situés dans une autre juridiction ou même en pays étranger, il peut arriver que l'on constitue une tutelle spéciale pour cette partie des biens, de sorte que le même pupille peut avoir plusieurs tuteurs dans des localités différentes (*e*). — Déjà en droit romain nous trouvons quelque chose de semblable. A la vérité, la tutelle testamentaire et la tutelle légale n'étaient pas soumises à ces différences locales ; mais quand le magistrat devait donner un tuteur à un pupille dont les biens étaient dispersés dans des lieux différents, il nommait des tuteurs spéciaux pour chacune

(*d*) P. Voet.; Sect. 9, C., 2, § 17; J. Voet., in Pand., XXVI, 5, § 5; Schäffner, § 41.

(*e*) Voy. les auteurs cités note *d*.

des juridictions souveraines, pour les *res italicæ* et pour les *res provinciales* (*f*). — D'après la législation prussienne, il n'y a régulièrement qu'une seule tutelle pour l'ensemble des biens, constituée selon le droit local du domicile du père; les changements ultérieurs de domicile n'ont ici d'influence que par exception. Pour les biens situés au dehors on peut établir des curatelles spéciales, qui doivent se mettre en relation avec la tutelle proprement dite (*g*). Les traités faits par la Prusse avec des États voisins portent que la tutelle sera constituée d'après le domicile du pupille; si celui-ci possède des immeubles dans l'autre État, les tribunaux de cet État ont la faculté ou de soumettre ces immeubles à la tutelle générale, ou d'établir pour eux une tutelle spéciale (*h*). — Dans les pays régis par le droit anglais, la jurisprudence est très-incertaine; car ce droit admet des tutelles partielles et spéciales, non-seulement pour les immeubles, mais aussi pour les meubles situés au dehors (*i*).

Ensuite, indépendamment de la situation des biens, des besoins individuels peuvent exiger

(*f*) L. 39, § 8, de admin. (XXVI, 7); L. 27, pr., de tutor. et cur. (XXVI, 5).

(*g*) A. L. R., II, 18, § 56, 81-86.

(*h*) Traité avec le royaume de Saxe, 1839, art. 15; traités semblables avec d'autres États (Voy. § 348).

(*i*) Schäffner, § 41. Story, § 492, sq.

une dérogation complète au principe, surtout lorsque, d'après les rapports de la famille, le dernier domicile du père ne doit avoir aucune influence sur l'état futur du pupille. Un exemple emprunté à la vie réelle rendra la chose sensible. Un père de famille mourut en son domicile à Bonn, où il avait le siége de ses biens et notamment plusieurs immeubles. En exécution du testament de leur père les enfants transportèrent immédiatement leur domicile chez un parent éloigné, hors des États prussiens. Par son testament le père avait en outre nommé pour tuteur, et avec des pouvoirs très-étendus, un habitant de Berlin qui avait toute sa confiance. D'après le principe posé plus haut, la tutelle aurait dû être constituée et administrée à Bonn suivant la loi française. Mais le ministre de la justice, comme investi de la haute surveillance des tutelles pour tout l'État, transporta la tutelle à Berlin ; de sorte qu'elle se trouva soumise en dernier ressort au collége des pupilles de Berlin, et conséquemment au droit prussien.

2) Administration de la tutelle.

Il n'est pas douteux que l'administration de la tutelle ne se règle d'après la loi du tribunal dans le ressort duquel la tutelle a pris naissance et s'exerce. Le doute ne se présente que dans le cas où parmi les biens du pupille se trouvent des immeubles situés au dehors, et qui

sont confiés à la tutelle générale, non à une tutelle spéciale, comme cela peut se faire ainsi qu'on l'a vu Num. 1.

Ici plusieurs prétendent que, d'après la pratique généralement adoptée pour ces biens et surtout pour leur aliénation, on doit suivre la *lex rei sitæ*, de sorte que l'administration de la même tutelle serait soumise à différentes lois (*k*). Cela implique évidemment que la loi sur l'aliénation des biens des pupilles est un statut réel. — Cette décision est contraire aux principes, et en outre elle n'est pas conforme, comme on le prétend, à la pratique généralement adoptée.

D'abord elle est contraire aux principes. Quand une loi ordonne que les biens des pupilles seront vendus sous de certaines conditions, une vente à l'encan, un décret judiciaire, etc., sont but n'est pas de fournir les garanties nécessaires pour la sûreté de la transmission de ces biens, ou un moyen d'augmenter leurs produits, ce qui répondrait au caractere d'un statut réel; — son but est de donner à la personne des pupilles la protection dont ils ont besoin. Voilà pourquoi elle soumet à certaines formalités l'aliénation de leurs biens; et l'observation de ces formalités peut seule donner à l'aliénation faite par le tuteur la

(*k*) Schäffner, § 41. — P. Voet., Sect. 9, C. 2, § 17, montre plus de circonspection; il conseille au tuteur de faire autoriser l'aliénation par un décret des deux tribunaux.

même efficacité que si elle était faite par un propriétaire majeur. Une semblable loi a donc pour objet de compléter les actes du tuteur, et ainsi elle est un statut personnel et non un statut réel. En d'autres termes : le législateur dispose pour les mineurs placés sous sa protection, et non pour les immeubles situés dans son domaine.

Ensuite la pratique générale est plus facile à alléguer qu'à prouver, comme toutes les assertions de ce genre. Je vais rapporter ici une espèce propre à jeter beaucoup de jour sur le sujet qui nous occupe (*l*). Un mineur appartenant à une famille distinguée vivait en Bavière, où il avait sa tutelle. Il possédait dans les provinces rhénanes de la Prusse des immeubles pour lesquels on n'avait pas établi de tutelle spéciale. Les tuteurs bavarois vendirent ces immeubles à l'amiable, sans adjudication publique. Devenu majeur, l'ancien propriétaire attaqua la vente comme nulle, parce que les lois françaises sur l'aliénation des biens des mineurs n'avaient pas été observées (*m*).

(*l*) Arrêt de la cour de cassation de Berlin de 1847, dans l'affaire Barsenheim *contra* Raffauf. Voy. Seuffert, Archiv, vol. II, n. 2.

(*m*) Code civil, art 457-460. Il exige : 1) délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal de première instance ; 2) vente publique en présence du subrogé tuteur (nommé par le conseil de famille, art. 420) aux enchères, qui

Dans toutes les instances ce moyen fut rejeté, parce que ces dispositions de la loi française forment un tout indivisible, dont plusieurs parties constitutives (le conseil de famille et le subrogé tuteur) sont absolument inapplicables aux tutelles établies en d'autres pays. Ainsi donc ces lois régissent en général les tutelles constituées sous l'empire de la législation française, et non tous les immeubles des pays qui suivent cette législation.

Les traités cités plus haut (note *h*), faits par la Prusse avec des États voisins, donnent au tuteur qui administre des biens situés en pays étrangers, les instructions suivantes : « Pour toutes les affaires relatives à ces immeubles, il doit suivre les prescriptions législatives en vigueur dans le lieu où ces biens sont situés. » Si l'on donnait à ce texte toute l'extension dont les mots sont susceptibles, il embrasserait les conditions établies pour les aliénations du tuteur, et il serait en contradiction avec la décision judiciaire rapportée et approuvée plus haut. Je pense qu'on peut attribuer à ce texte un défaut de précision, et qu'il ne s'applique pas aux lois sur la tutelle, mais seulement aux dispositions générales sur l'aliénation des immeubles, telles

sont reçues par un membre du tribunal ou par un notaire commis à cet effet.

que l'établissement des hypothèques, l'autorisation des tribunaux, les notifications, etc.

3) Nous avons enfin à parler des rapports de droit personnels du tuteur.

La loi en vigueur au domicile du tuteur peut seule prononcer sur l'obligation d'accepter la tutelle, et sur les causes qui peuvent en dispenser.

Quant aux obligations que contracte le tuteur par l'administration de la tutelle, on doit appliquer les principes posés plus haut sur la juridiction et sur le droit local qui s'y rattache (§ 370, Num. 2, § 372).

Lorsque le juge chargé de la surveillance de la tutelle n'est pas le juge personnel du tuteur, ni celui auquel on doit spécialement attribuer le *forum gestæ administrationis*, on a prétendu récemment que, pour faciliter l'expédition des affaires, le juge chargé de la surveillance devait toujours être regardé comme compétent (*n*). Ainsi généralisée, cette décision est grave, car on doit toujours avoir égard à l'organisation judiciaire de chaque pays; mais ensuite elle ne pourrait souvent être mise à exécution : par exemple, quand le tribunal chargé de la surveillance de la tutelle n'a pas de juridiction civile ordinaire.

(*n*) Mühlenbruch, Archiv., vol. XIX, p. 362-365.

§ CCCLXXXI. *Forme des actes juridiques (Locus regit actum).*

Après avoir successivement examiné les divers rapports de droit en ce qui touche le droit local applicable, il me reste à parler d'une régle spéciale, dont j'ai renvoyé l'étude à la fin de cette recherche, parce qu'elle s'applique à la plupart et aux plus importants des rapports de droit dont il a été précédemment question.

Cette règle porte sur les formes positives auxquelles la déclaration de volonté est souvent astreinte dans les actes juridiques (*a*). Ici se présentent fréquemment des collisions entre les différents droits locaux et des collisions de plusieurs espèces. Ainsi, une loi peut ordonner une forme positive comme impérieusement nécessaire, et l'autre ne pas l'ordonner; de même les deux lois peuvent imposer des formalités, mais des formalités différentes. Dans tous ces cas se présente la question de savoir quel est le droit local applicable à la forme d'un acte juridique déterminé; et de sa solution dépend souvent la validité ou l'invalidité de l'acte.

Si nous envisageons la question au point de vue général où nous nous sommes placés dans le

(*a*) Sur la nature de ces formes, voy. Vol. III, § 130, 131.

cours de cette recherche, la réponse ne paraît pas douteuse. Il semble que la forme de l'acte juridique doit être réglée par le droit local auquel cet acte est soumis, d'après les règles exposées précédemment. Ainsi les contrats devraient se faire d'après les formes légales exigées dans le lieu de l'exécution, les testaments d'après les formes voulues au domicile du testateur, les mariages d'après les formes prescrites au domicile du mari. L'observation de cette règle ne présente ni doutes ni difficultés, lorsque l'acte juridique intervient précisément dans un des lieux que je viens d'énumérer. Mais souvent il arrive que la base de l'acte juridique existe dans un lieu très-différent, quelquefois très-éloigné, et cette circonstance peut entraîner à sa suite les plus graves difficultés.

Dans le lieu où intervient l'acte juridique il est souvent très-difficile de connaître sûrement les formes légales de cet autre lieu, seul régulateur, et, quand on les connaît, de les mettre à exécution; cela même est souvent impossible, comme le montre l'exemple suivant. Quand un Prussien tombe malade en France et veut faire un testament, d'après la règle provisoire posée plus haut, il devrait recourir à l'intervention d'un tribunal, puisque le droit prussien ne reconnaît d'autres testaments que ceux faits en justice. Mais en France aucun tribunal n'a qualité pour inter-

venir dans la confection d'un testament, cette fonction étant exclusivement attribuée aux notaires (*b*). En conséquence, il devrait renoncer à faire un testament, peut-être au grand préjudice de sa famille.

La considération de cette excessive dureté, qui quelquefois rend les actes juridiques absolument impossibles, et plus souvent encore les expose aux nullités d'une exécution défectueuse, tout cela en conséquence de formes légales qui certainement n'ont pas été établies pour empêcher ou pour entraver les transactions civiles, — cette considération a fait naître un droit coutumier de plus en plus reconnu depuis le seizième siècle, droit qui remplace la règle provisoire posée plus haut, et écarte les difficultés dont je viens de parler. Cette nouvelle règle est exprimée ainsi : *Locus regit actum*, et elle signifie que la forme d'un acte juridique est suffisante, dès qu'elle s'accorde avec la loi du lieu où intervient l'acte juridique, lors même que, dans le lieu où le rapport de droit a son siége, d'autres formes seraient établies par la loi. Cette règle est reconnue par les auteurs des différents temps et des différentes nations (*c*).

(*b*) Code civil, art. 971-979.

(*c*) P. P. Voet., Sect. 9, C. 2, § 9; J. Voet., § 13-15; Hert., § 10, 23; Eichhorn, Deutsches Recht, § 37; Story, § 260, 261;

Il s'agit maintenant de faire l'application spéciale de cette règle importante aux diverses espèces de rapports de droit. D'après la généralité des termes employés pour exprimer cette règle, on pourrait croire qu'elle embrasse tous les rapports de droit, et qu'elle a pour tous une égale importance. On va voir que cela ne peut être admis qu'avec des restrictions.

I) Relativement à l'état de la personne en soi, notre règle n'est guère susceptible d'application; car la simple déclaration de volonté sur la forme légale de laquelle porte exclusivement notre règle a ici peu d'influence. Ainsi, il ne faut pas croire qu'un mineur puisse en pays étranger être déclaré majeur, un infâme réhabilité, par une décision de l'autorité suprême de ce pays, d'après la règle : *locus regit actum*. Car ces changements d'état ne s'opèrent point par une déclaration de volonté de la personne intéressée, déclaration dont il s'agirait seulement de régler la forme. Ces changements ne peuvent se faire que par un acte libre du pouvoir suprême de l'État auquel appartient la personne intéressée en qualité de sujet.

II) Notre règle ne saurait non plus exercer une grande influence sur les actes juridiques con-

Fœlix, p. 97, sq; Schäffner, p. 73-85; Wächter, II, p. 368-380 et p. 405, sq.

cernant le droit des biens, et cela par le motif suivant. Je rappellerai une distinction fondamentale entre les actes de l'homme, faite plus haut (p. 210) dans un autre but. Il y a des actes qui en soi sont possibles partout; et s'ils interviennent dans un lieu plutôt que dans un autre, cela tient à des circonstances purement accidentelles. Tels sont les contrats obligatoires, les testaments, etc. Il y en a d'autres qui de leur nature ne peuvent se faire que dans un seul lieu. A cette classe appartiennent les actes les plus nombreux et les plus importants qui rentrent dans le droit des choses. Ici domine exclusivement la *lex rei sitæ* (§ 366); et aussi ces actes féconds en conséquences se trouvent en une relation si intime avec la chose elle-même, qu'on ne peut les supposer faits ailleurs que dans le lieu où se trouve la chose. Telle est surtout la tradition, et ensuite un grand nombre d'actes purement de forme, tels que la cession judiciaire, l'inscription sur le registre des hypothèques, etc., qui ne peuvent se faire que devant une fonctionnaire spécial, à un lieu déterminé. — De sa nature la règle *locus regit actum* ne se rapporte qu'aux actes de la première espèce; car pour eux seuls le lieu où l'acte intervient peut, par une circonstance accidentelle, se trouver autre que le véritable siége du rapport de droit, et par conséquent nécessiter un expédient artificiel. Par la même raison cette

règle est également inapplicable à la plupart et aux plus importants des actes concernant le droit des choses. Cette remarque ne porte pas uniquement sur les immeubles, elle s'étend aussi aux choses mobilières, dont la tradition n'est possible que dans le lieu où elles se trouvent. Mais pour les choses mobilières cette circonstance offre moins d'intérêt et attire moins l'attention, parce que leur possesseur peut toujours les déplacer, et ainsi les soumettre immédiatement à une nouvelle *lex rei sitæ*.

Le motif pour lequel cette règle ne s'applique pas aux droits réels est donc au fond celui déjà donné pour l'état de la personne en soi, et le voici. Pour les droits réels la volonté en soi n'est pas la circonstance décisive, mais bien le rapport existant entre la personne et la chose objet du droit réel. Maintenant, d'après les dispositions de plusieurs lois positives, ce rapport peut être une simple déclaration de volonté ; mais ce fait accidentel est étranger à l'essence du droit réel.

III) Rien n'empêche que notre règle ne s'applique dans toute son extension aux obligations, notamment aux contrats obligatoires (*d*), bien que l'on parle moins souvent de cette espèce d'application. Quelques exemples rendront cela sensible.

Plusieurs législations exigent, pour les contrats

(*d*) Wächeter, II, p. 405.

obligatoires relatifs aux immeubles, des formes particulières (ce qui n'a rien de commun avec la transmission de la propriété), tandis que le droit romain ne les exige pas. Conformément à notre règle, nous n'hésitions pas à juger de la validité de pareils actes, d'après la loi du lieu où ils interviennent sans égard à la *lex rei sitæ*. Je mentionne spécialement ce cas pour observer que le droit prussien ordonne présisément le contraire (*e*). Nous avons donc ici une exception particulière faite de propos délibéré à la règle *locus regit actum*.

La foi due à des livres de commerce se juge d'après la loi du lieu où ces livres sont tenus (*f*).

(*e*) A. L. R., I, 5, § 115 : « Toutes les fois que la propriété, la possession ou l'usage d'un immeuble est l'objet d'un contrat, on doit suivre pour les formes du contrat les lois du pays où l'immeuble est situé. » Le droit prussien exige que tous les contrats relatifs à des immeubles soient rédigés par écrit : s'il ne le dit pas en termes exprès, cela ressort évidemment de plusieurs textes du code : I, 5, § 135 ; I, 10, § 15-17 ; I, 21, § 233, et de la disposition (I, 5, § 131) qui exige un acte écrit pour tout contrat dont l'objet est d'une valeur de plus de 50 écus (187 fr. 50 c.); car les immeubles dépassent presque toujours cette valeur. D'un autre côté, les contrats en général sont soumis à la règle *locus regit actum* (I, 5, § 111) ; et si un contrat relatif à des choses mobilières a été fait en pays étranger, cette règle s'applique lors même que l'action est portée devant un tribunal prussien (I, 5, § 148).

(*f*) Arrêt de la cour suprême d'appel de Cassel, 1826; Seuffert, Archiv., vol. I, n. 132.

Il semblerait que ce genre de preuve entre dans le droit de la procédure, et par conséquent devrait être soumis à la loi du lieu de la juridiction.

Mais ici la preuve est inséparable des formes et de l'efficacité de l'acte juridique lui-même, qui constituent l'élément dominant. L'étranger qui traite avec un négociant établi dans un pays où les livres de commerce font foi en justice, se soumet au droit de ce pays.

La validité, quant à la forme, des diverses signatures apposées à une lettre de change, se juge d'après la loi du lieu où chacune des signatures a été donnée (*g*).

IV) L'application de notre règle la plus importante et aussi la plus controversée est celle relative à la confection d'un testament, quand, par une circonstance accidentelle, le testateur se trouve hors de son domicile. Sur la règle même on est depuis longtemps d'accord (*h*).

Cependant on met à son application deux restrictions. — Dans les pays régis par le droit anglais, la règle est admise, mais le testament n'a pas d'effet pour les immeubles situés au dehors (*i*).

(*g*) Arrêt de la cour de révision de Berlin, 1844; Seuffert. Archiv., vol. 2, num. 121.

(*h*) Rodenburg, Tit. 2, C. 3, § 1-3; Vinnius, Selectæ quæst., II, 19; Hert., § 23; Wächter, II, p. 368-380. Du temps de Durantis, cette question était encore très-controversée. Speculum, II, tit. de instrum. edit., § 12, num. 16.

(*i*) Story, § 474, 478.

Néanmoins la distinction des meubles et des immeubles a moins de sens et de raison pour l'application de notre règle que pour d'autres matières. — Un auteur moderne ajoute la restriction suivante : « Le testament, dit-il, est valable si le testateur meurt en pays étranger. Mais, s'il retourne dans sa patrie, le testament devient nul, dans le cas du moins où son droit national ne reconnaîtrait pas les testaments de cette espèce (*k*). » Je ne crois pas que cette restriction soit conforme aux principes ; et elle ne me paraît pas avoir trouvé beaucoup de partisans. Néanmoins, je conseillerais à un père de famille prudent de recommencer son testament dans sa patrie, afin de prévenir toute attaque possible.

V) On admet généralement que notre règle s'applique à la célébration du mariage (*l*). Cependant la chose ne me paraît pas sans difficulté. Quand les habitants d'un pays dont la loi ne reconnaît que le mariage civil se marient en pays étrangers, il n'y a point de doute possible. Mais il n'en est pas de même pour les habitants d'un pays dont la loi exige la célébration du mariage devant l'Église. Car cette loi se fonde sur la

(*k*) Eichhorn. Deutsches Recht, § 37.

(*l*) Hert., § 10 ; Schäffner, § 100, 101 ; Story, p. 121, sq. On doit remarquer que, relativement à cette application, la théorie et la pratique du droit anglais semblent avoir peu d'inconvénients.

morale religieuse, et revêt par conséquent un caractère rigoureusement obligatoire (§ 349). D'après ce motif, je pense que les époux devraient renouveler dans leur patrie leur mariage devant l'Église, non que l'on doive supposer qu'ils se sont mariés en pays étranger *in fraudem legis*, intention qu'ils n'avaient peut-être pas, et qui d'ailleurs ne saurait être prouvée. Dans le cas d'une célébration nouvelle, même d'après les principes de droit commun, le mariage est reconnu comme valable et efficace depuis sa première célébration. — Cette règle rigoureuse ne peut jamais être applicable aux étrangers mariés qui viennent s'établir dans le pays; car une semblable loi avec son caractère rigoureusement obgatoire ne s'applique qu'à la célébration des mariages, et non à la continuation des mariages déjà contractés.

Je finirai par quelques observations générales.

Plusieurs ont pretendu que notre règle ne s'applique pas quand un acte juridique est fait en pays étranger pour éluder une loi nationale (*in fraudem legis*), par exemple pour éviter des frais d'actes plus dispendieux, l'emploi du papier timbré, etc. (*m*). D'autres n'admettent pas cette restriction, et ils ont raison (*n*). Pour faire observer

(*m*) J. Voet, § 14; Fœlix, p. 105.
(*n*) Schäffner, § 85.

les lois de cette espèce, on peut recourir à d'autres moyens, notamment à des amendes; mais il n'y a aucun motif pour faire dépendre de leur observation la validité des actes juridiques, et cela du moins ne pourrait être établi que par une loi positive.

La véritable position de notre règle soulève une question très-importante. L'observation de la forme établie dans le lieu où intervient l'acte juridique est-elle absolument nécessaire ou simplement facultative, de sorte que les parties puissent choisir entre cette forme et celle du lieu auquel appartient en réalité l'acte juridique (*o*)? Si l'on considère que cette règle spéciale est faite pour favoriser les parties et faciliter les transactions civiles, on ne saurait douter qu'elle ne soit purement facultative, et que l'on ne puisse choisir l'une ou l'autre forme. Aussi cette doctrine est-elle généralement admise (*p*).

Ainsi donc, quand un habitant d'un pays régi par le droit romain veut faire son testament à Paris, il peut employer l'une des formes établies

(*o*) C'est en ces termes que la question doit être posée : ainsi donc il ne s'agit nullement d'un choix tout à fait arbitraire entre la *lex domicilii*, la *lex rei sitæ*, etc. Néanmoins c'est ce que paraît admettre J. Voet., § 15.

(*p*) Rodenburg, Titc., 2, C., 3, § 2, 3; Hert., § 10, 23 (avec quelques indécisions) Fœlix, p. 107, sq.; Schäffner, § 83 (indécis); Wächter, II, p. 377-380.

par le droit français ; mais il peut aussi faire son testament en présence de sept témoins. Dans ce dernier cas, son testament sera valable dans sa patrie, pourvu néanmoins (et cela s'entend de soi-même) que l'observation des formes soit suffisamment prouvée. — Lorsque les habitants d'un pays où le mariage devant l'Église est obligatoire, se trouvant dans un pays où le mariage civil est seul exigé, se marient devant l'Église sans observer les formalités du mariage civil, leur mariage est valable, comme fait suivant la forme établie dans leur patrie, c'est-à-dire dans le lieu où le mariage a son siége propre et permanent (*q*).

§ CCCLXXXII. VI. *Formes des actes juridiques* (*Locus regit actum*) (Suite).

Jusqu'ici nous avons considéré la règle spéciale sur la forme applicable aux actes juridiques, au point de vue d'un droit coutumier général, fondé sur un besoin non contesté, et développé par les jurisconsultes. Il nous reste à examiner quel est le rapport de cette règle avec la législation positive, d'abord avec celle qui est la base du droit commun (le droit romain et le droit canon), ensuite avec quelques législations modernes.

(*q*) Ce principe est reconnu dans un arrêt du tribunal suprême de Dresde, 1845. Seuffert, Archiv., vol. II, num. 5.

Il y a longtemps que plusieurs auteurs ont essayé de faire dériver cette règle des sources du droit commun écrit; mais d'autres ont observé avec raison que ces tentatives étaient infructueuses (*a*). L'examen des différents textes d'où l'on prétend tirer cette règle confirmera ce jugement, sans néanmoins porter la moindre atteinte à la vérité et à la certitude de la règle.

1) L. 9, C., De testamentis (VI, 23). Cette loi est la plus spécieuse de tous les textes cités; néanmoins elle n'établit pas notre règle.

Un testament avait été fait sans observer cette règle connue de droit romain, que les témoins doivent être immédiatement en présence du testateur (*b*). Sur la demande de Patroclia (vraisemblablement l'héritière instituée) les empereurs répondent par un rescrit que le testament est nul, « si non speciali privilegio (*c*) *patriæ tuæ* juris observatio relaxata est. » — On pourrait croire que cette règle se rapporte à notre texte d'après les mots *patriæ tuæ*, qui semblent indi-

(*a*) Wächter, I, p. 246.

(*b*) L. 9, cit.: « in conspectu testatoris. » L. 30, C., cod.: « sub præsentia ipsius testatoris. » L. 3, C., Th. de test. (IV, 4): præsentes videant subscriptores. » Voy. Glück, vol. XXXIV, p. 392.

(*c*) *Privilegium* désigne ici le droit particulier ou une partie du droit particulier accordé par une constitution impériale à la ville dont il est question.

quer une collision entre différents droits locaux. Mais cette apparence disparaît, si l'on considère que la *patria* de l'héritière ne saurait être la circonstance décisive; on ne dit pas où le testament avait été fait. Vraisemblablement le défunt avait testé dans le lieu où il avait son domicile, aussi bien que l'héritière. Ainsi donc il n'est nullement question de l'application de notre règle; et notre texte ne contient que cette proposition, d'ailleurs évidente, qu'en cas de collision le droit particulier l'emporte sur le droit général.

2) L. 2, C., Quemadm. test. aper. (VI, 32). Un père absent de son domicile avait remis à son fils un testament, en le chargeant de le porter au lieu de son domicile. Les empereurs ordonnent par un rescrit que, pour l'ouverture du testament devant la curie, on observera les lois et les coutumes de la ville. — Ici il n'est nullement question de collision de droits locaux, et notre texte exprime seulement cette vérité incontestable, que les actes juridiques sont soumis au droit local.

3) L. 1, C., de emanc. (VIII, 49). Un père ayant émancipé son fils devant les décemvirs d'une ville où il était étranger, la validité de cette émancipation était contestée. Le doute venait de ce qu'en général les magistrats municipaux n'avaient pas la *legis actio*, et ne pouvaient l'ob-

tenir exceptionnellement que par privilége (*d*). Les empereurs répondent que la validité de l'émancipation dépend du droit local de la ville. Si ce droit donne aux décemvirs la *legis actio* avec faculté de l'exercer même à l'égard des étrangers, l'émancipation est valable. — Ici pas la moindre trace d'une collision de droits locaux.

4) C., 1. X, de spons. (IV, 1). Un Saxon avait épousé une femme franque en se conformant aux usages des Francs, non à ceux des Saxons. Après avoir vécu plusieurs années avec elle et en avoir eu des enfants, se fondant sur cette irrégularité dans la célébration du mariage, il la répudie et en épouse une autre. Un synode déclare que cet acte est punissable, que le second mariage est nul, et que le premier doit avoir tous ses effets. — Ici encore il n'est pas question d'une collision de droits locaux, le lieu de la célébration du mariage n'est pas même mentionné. La décision se fonde sur ce que, dans l'esprit du droit canon, le premier mariage est valable et indissoluble, et que l'observation de telle ou telle coutume du droit civil est une circonstance indifférente.

Dans le projet du code civil français on lit : « La forme des actes est réglée par les lois du

(*d*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, Vol. I, § 27.

lieu dans lequel ils sont faits ou passés. » Ce texte ne fut pas inséré dans le code, non que la chose parût fausse ou douteuse, mais, au contraire, comme si connue et si certaine, qu'il était inutile de l'exprimer (*e*). Voici plusieurs applications particulières qui supposent l'existence de cette règle de droit.

1) Les actes de l'état civil des Français et des étrangers, faits en pays étranger, sont valables en France, si l'on a observé les formes usitées dans ce pays (*f*).

2) Le mariage des Français en pays étranger est valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays (*g*). Cette disposition laisse subsister la nécessité des publications et des conditions exigées pour contracter mariage.

3) Le Français qui veut tester en pays étranger peut le faire de deux manières, ou par un acte écrit et signé de sa main (comme en France), ou par acte authentique, suivant les formes usitées pour les testaments dans le pays où il se trouve (*h*).

Le code prussien ne contient aucune reconnaissance générale de la règle *locus regit actum*.

(*e*) Fœlix, p. 111.
(*f*) Code civil, art. 47.
(*g*) Code civil, art. 170.
(*h*) Code civil, art. 999. Cf., art 1317.

Le § 33 de l'introduction semble déroger à cette règle. Ce texte ne veut pas dire que les étrangers ne puissent observer les formes établies par un statut spécial, ou qu'un acte ainsi fait ne soit pas valable, mais bien que les nationaux seuls et non les étrangers sont tenus de se conformer au statut (*i*).

En matière de contrats le code prussien admet la règle dans sa généralité pour les meubles; pour les immeubles il y fait exception, car il exige absolument l'observation des formes prescrites par la *lex rei sitæ* (§ 381, *e*).

Le code ne dit rien touchant la forme des testaments faits en pays étrangers. Un auteur moderne conclut de ce silence que le code ne reconnaît d'autre testament que le testament judiciaire, et que notre règle est ici sans application (*k*); ce qui revient à dire que dans beaucoup de pays, et notamment en France, un Prussien ne peut pas faire de testament. J'oppose à cette assertion les motifs suivants. A l'époque où le code fut rédigé, notre règle, surtout dans son application aux testaments, était pour les jurisconsultes allemands un des principes les plus connus et les plus cer-

(*i*) L'équivoque est dans les mots : « Ne *sont établies* que pour les actes, » etc.; c'est-à-dire ne sont établies *comme obligatoire* que pour ces actes. Car les étrangers peuvent s'en servir, et elles ne perdent rien de leur efficacité.

(*k*) Koch, Preuszisches Recht, § 40, note 18.

tains. Or, il n'est pas vraisemblable qu'on ait voulu abolir par simple prétérition une règle ayant un semblable caractère.

En 1823, pour faciliter les testaments des personnes composant les ambassades prussiennes en pays étrangers, on établit une nouvelle forme de testaments (*l*). D'après le contenu et les termes de la loi, comme aussi d'après son préambule, il s'agit ici d'une prescription positive entièrement nouvelle. Or, on lit dans le préambule :

« § 1. Les actes de dernière volonté des personnes composant nos ambassades... seront, *à l'avenir comme par le passé*, valables quant à leurs formes extérieures, si l'on a observé les lois du lieu où se font ces actes. »

Maintenant je demande ce que signifient ces mots : *à l'avenir comme par le passé?* Le code ne dit absolument rien sur la forme des testaments en pays étrangers. D'un autre côté, le droit commun de l'Allemagne a de tous temps admis notre règle, non-seulement pour les diplomates, mais pour tous les nationaux qui veulent tester en pays étranger. Voici donc le sens du préambule : Les diplomates comme tous les nationaux peuvent tester à l'étranger d'après les formes du lieu où ils se trouvent. Ce droit, qu'ils partagent avec tous les nationaux, ils l'exerceront *à l'a-*

(*l*) Loi du 3 avril 1823, § 2; Gesetzsammlung, 1823, p. 40.

venir comme par le passé (§ 1). Maintenant, pour donner aux diplomates plus de facilités, on établit une nouvelle forme de testaments, et ils peuvent choisir entre l'ancienne et la nouvelle (§ 2).

En 1824, la Prusse fit avec Weimar un traité sur les rapports de droit réciproques des sujets des deux États; et depuis elle a fait avec d'autres États voisins un grand nombre de traités semblables ou identiques (§ 374, *qq*).

Or, l'article 34 de ce traité (*m*) porte : « La validité des actes entre vifs et *des actes pour cause de mort* se règle, quant à la forme, d'après les lois du lieu où ils interviennent. » Cette disposition n'est pas évidemment une concession faite aux États voisins, car elle est réciproque. Ce n'est pas non plus une invention nouvelle, mais la confirmation d'un principe général de droit, comme l'indique sa fréquente reproduction. Or, ce principe de droit ne peut être autre que l'ancienne règle reçue de tous temps en Allemagne : *locus regit actum,* qui se trouve ainsi reconnue par le législateur de la manière la moins douteuse.

(*m*) Gesetzsammlung, 1824, p. 154.

CHAPITRE II.

LIMITES DANS LE TEMPS DE L'EMPIRE DES RÉGLES DU DROIT SUR LES RAPPORTS DE DROIT.

§ CCCLXXXIII. *Introduction.*

Auteurs :

Chabot de l'Allier, Questions transitoires sur le code Napoléon; Paris, 1809, 2 vol. in-4°.

Weber Uber die Rückanwendung positiver Gesetze; Hannover, 1811.

Meyer, Principes sur lesquestions transitoires; Amsterdam, 1813.

Bergmann, Des verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht; Hannover, 1818.

Struve, Uber das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit; Göttingen, 1831 (*a*).

Le troisième livre de ce traité avait pour objet de montrer comment les règles de doit domi-

(*a*) Beaucoup d'autres écrits sont cités dans Bergmann, p. XXI-XXIV.

nent les rapports de droit, et de déterminer les limites de leur empire (§ 344). Cette délimitation peut être nécessaire sous un double aspect, selon qu'il s'agit d'appliquer des règles de droit différentes concurremment ou successivement. La détermination des limites locales a été traitée (Ch. I). Il ne me reste donc plus à parler que de la seconde espèce de délimitation, celle relative au temps.

Ici l'on suppose que dans le même lieu, à deux époques différentes, il existe deux règles de droit différentes avec lesquelles un rapport de droit donné ou une question de droit particulière se trouve en contact, de telle sorte qu'il y a incertitude sur le fait de savoir laquelle des deux règles doit décider la question. Un semblable conflit entre deux règles de droit implique toujours un changement effectué. Mais ce changement, pour qu'il rentre dans la présente recherche, doit être un changement des règles elles-mêmes (du droit objectif); non un simple changement des faits qui déterminent le rapport de droit (du droit subjectif, car j'ai déjà parlé de cette dernière espèce de changements au sujet des limites locales de l'empire des règles (*b*). Ainsi donc, dans le cours de cette recherche nous supposons toujours un rapport de droit qui en soi en varie

(*b*) Voy. § 344, in fin.

pas, et deux règles appartenant à des époques différentes qui se disputent l'empire de ce rapport de droit.

Ce changement des règles du droit, qui forme la base et la condition de toute collision dans le temps, peut se présenter sous les formes suivantes :

1) Promulgation d'une loi nouvelle et isolée qui a précisément pour objet le rapport de droit dont il s'agit.

2) Promulgation d'un nouveau code, c'est-à-dire d'un ensemble de règles où le rapport de droit dont il s'agit se trouve soumis à des dispositions nouvelles (*c*).

3) Adoption d'un code étranger tout entier, et substitution de ce code au droit jusqu'alors en vigueur (*d*).

4) Le lieu siége d'un rapport de droit détaché de l'État auquel il appartient, est incorporé à un autre État, et par là même devient soumis à l'ensemble du droit de cet autre État; le droit ainsi substitué peut se résumer dans un code où à côté de ce code il peut exister des lois isolées et même diverses règles de droit coutumier (*e*).

(*c*) Cela eut lieu à Constantinople de 529 à 534, en Prusse en 1794, en France en 1804, en Autriche en 1812.

(*d*) C'est ainsi que la France imposa le Code Napoléon à divers pays, en Allemagne et ailleurs.

(*e*) Cela arriva lorsque plusieurs pays furent réunis à la

Malgré les différences que peuvent mettre entre ces différents cas l'étendue et l'importance de leurs applications, tous ont néanmoins une base identique relativement à la question de collision qui nous occupe. Dans tous ces cas il est possible de trancher d'avance les questions de collision par des dispositions législatives spéciales, et le besoin s'en fait surtout sentir dans les trois derniers cas. Les lois de cette espèce sont appelées transitoires, parce qu'elles ont pour objet le passage d'une règle à une autre.

Lorsque Justinien publia les Institutes et le Digeste, il leur donna un effet rétroactif (*f*). Néanmoins il ne faut voir là ni l'expression d'un principe permanent sur la rétroactivité, ni une exception véritable; car ces recueils de lois étaient destinés, non à créer un droit nouveau, mais à assurer et à épurer le droit existant. Ils peuvent donc être considérés comme une interprétation authentique du droit établi faite en grand, interprétation qui de sa nature a un effet rétroactif (§ 397).

France, plus tard lorsque la Prusse recouvra ses anciennes provinces et en acquit de nouvelles; mais cela n'eut pas lieu quand la rive gauche du Rhin fut rendue à l'Allemagne, car le droit français y fut maintenu.

(*f*) L. 2, § 23; L. 3, § 23, C., de vet. j. enucl. (I, 17) La Const. *Summa*, § 3, sur le code, ne s'exprime pas tout à fait de même. Cf. Bergmann, § 14.

Aucune législation n'a apporté autant de soins à la solution des questions de collision que la législation prussienne (*g*); je vais donner ici l'indication de lois transitoires de la Prusse, afin de les citer plus facilement dans le cours de cette recherche. — La plus ancienne est la publication du code en date du 5 février 1794 (*h*), qui contient, dans ses §§ 8 jusqu'à 18, des dispositions transitoires très-explicites. A cette loi se rattachent les lois suivantes, qui introduisent la législation prussienne dans des provinces nouvellement conquises, ou le rétablissent dans des provinces recouvrées.

1803. Principauté de Hildesheim et ville de Goslar (Stengel's Beiträge, vol. XVII, p. 194).

1803. Paderborn et Münster (Stengel, vol. XVII, p. 235).

1803. Eichsfeld, Erfurt, Mühlhausen, Nordhausen (Stengel, vol. XVII, p. 253).

1814. Anciennes provinces prussiennes au delà de l'Elbe (Ges. Samml., 1814, p. 89).

1816. Prusse occidentale (Ges. Samml., 1816, p. 217).

(g) La loi qui promulgue le code autrichien ne renferme qu'un petit nombre de dispositions sur cet objet. Le code civil français contient dans quelques articles (par exemple, art. 2281) des dispositions transitoires; mais en outre plusieurs lois transitoires spéciales parurent en même temps que le code, notamment sur l'adoption, le divorce, les enfants naturels.

(*h*) Imprimée en tête de toutes les éditions du code.

1816. Posen (Ges. Samml., 1816, p. 225).

1816. Duché de Saxe (Ges. Salmml., 1816, p. 233).

1818. Enclaves (Ges. Samml., 1818, p. 45).

1825. Duché de Westphalie (Ges. Samml., 1825, p. 153).

Il est à remarquer que les lois de promulgation de 1803 ne sont que la reproduction abrégée de celle de 1794, tandis que depuis 1814 les lois de promulgation contiennent des dispositions originales, et qui diffèrent de la loi de 1794.

§ CCCLXXXIV. *Deux espèces de règles de droit.*

On prend ordinairement comme point de départ en cette matière un principe que l'on donne pour absolu, et qui, sans être toujours présenté par les auteurs sous le même aspect, peut néanmoins se ramener aux deux formules suivantes :

Les lois nouvelles n'ont pas d'effet rétroactif.

Les lois nouvelles ne doivent porter aucune atteinte aux droits acquis.

Je suis loin de contester la vérité et l'importance de ce principe. Mais je ne puis approuver ceux qui représentent son autorité comme universelle ; car s'il est très-vrai pour une espèce de règles de droit, il ne l'est nullement pour une autre espèce de règles.

Au premier abord on serait tenté d'attribuer à cette divergence d'opinions plus d'importance qu'elle n'en a réellement; car on pourrait penser que la doctrine dont je fais la critique conduit à donner aux questions de droit pratique une solution erronée. Il n'en est pas ainsi. Lorsque l'application logique du principe même a un résultat qu'il est évidemment impossible d'admettre, on a coutume de se tirer d'embarras en faisant une exception au principe prétendu général. Or, c'est cet expédient de simples exceptions qu'il faut absolument rejeter, comme je le développerai plus bas (§ 398). Je persiste donc à nier la généralité que l'on attribue ordinairement au principe, bien que, dans la pratique, cette erreur n'ait pas des conséquences aussi dangereuses qu'on pourrait le supposer.

Afin de préciser les limites dans lesquelles le principe doit être renfermé, il faut nous reporter au différent contenu des règles du droit dont le changement possible est l'objet de la présente recherche (§ 383).

Une première espèce de règles concerne *l'acquisition des droits*, c'est-à-dire le lien qui rattache un droit à un individu, ou la transformation d'une institution de droit (abstraite) en un rapport de droit (personnel) (*a*). Les exemples

(*a*) Voy. Vol. I, § 4, 5.

suivants mettront en évidence la nature de ces règles et celle de leurs changements possibles. Quand dans un pays la propriété pouvait se transmettre et s'acquérir par simple contrat, et qu'une loi nouvelle exige la tradition, le changement de la règle porte uniquement sur les conditions auxquelles un individu peut acquérir la propriété d'une chose, et constituer ainsi *son* droit à cette chose. Il en est de même quand tous les contrats obligatoires pouvaient se faire verbalement avec une entière efficacité, et qu'une loi nouvelle ordonne que, pour toutes choses excédant une valeur de cinquante écus, un acte écrit donnera seul lieu à une action.

Une seconde espèce de règles concerne *l'existence des droits*, c'est-à-dire la reconnaissance d'une institution en général, que l'on doit toujours supposer, avant qu'il puisse être question de son application à un individu, ou de la transformation d'une institution de droit en un rapport de droit. — Cette seconde espèce de règles se subdivise elle-même en deux classes, dont l'étendue diffère, mais dont l'essence est la même, et qui par conséquent se placent absolument sur la même ligne, quant à l'objet de la présente recherche.

Quelques-unes de ces règles portent sur l'existence ou sur la non existence d'une institution de droit. — En voici des exemples : l'esclavage

romain, la servitude de la glèbe germanique, la dîme existant dans un pays, puis abolie par une loi nouvelle, déclarées impossibles, et privées ainsi de la protection du droit.

Parmi ces règles d'autres ne portent pas sur l'existence même de l'institution, mais sur son mode d'existence; de sorte que, tout en étant conservée, elle subit une altération profonde. — Je citerai comme exemples les cas suivants. La revendication rigoureuse du droit romain est abolie par une loi nouvelle, et la propriété ne se trouve plus protégée que par les actions possessoires et par les obligations. Une loi nouvelle ordonne qu'un droit de dîme auparavant irrachetable pourra être racheté sur la demande de chacune des parties. A cette classe appartient également la loi bien connue de Justinien sur la propriété. Il y avait depuis des siècles deux espèces de propriété : l'une *ex jure quiritium*, l'autre *in bonis*. Justinien, par une loi nouvelle, abolit cette distinction, et décida qu'à l'avenir il n'y aurait plus qu'une seule propriété, avec pleine efficacité; ce que l'on appelait *res mancipi* et *fundus italicus* se trouva par là même aboli.

Mais je répète que ces deux classes de règles concernent l'existence des droits; que dès lors elles sont identiques, et que nous n'avons aucun motif pour les distinguer dans le cours de la pré-

sente recherche. Je n'ai mentionné leurs différences naturelles que pour mettre en évidence l'étendue et la variété des règles relatives à l'existence des droits, et pour ne laisser là-dessus aucun doute dans les esprits.

J'ai encore quelques observations à ajouter sur la distinction que je viens d'établir entre deux espèces de règles, l'une concernant l'acquisition, l'autre l'existence des droits (*b*).

D'abord, quant à la désignation de ces deux espèces de règles, j'ai choisi celle qui me semblait la plus intelligible en soi. On aurait pu les distinguer encore en disant que les unes se rapportent au droit dans le sens subjectif, et les autres au droit dans le sens objectif (*c*); ou bien encore que les unes portent sur l'élément permanent et immuable des rapports de droit, les autres sur leur élément mobile.

La limite qui sépare les deux espèces de règles n'est pas toujours bien marquée, et souvent l'on peut hésiter sur la question de savoir à quelle

(*b*) Pour que la classification des règles du droit sur lesquelles portera la présente recherche ne paraisse pas incomplète et insuffisante, j'observe tout d'abord que cette recherche est restreinte aux matières du droit privé, ce qui exclut le droit public (notamment le droit pénal) et le droit de la procédure. Cette restriction est la même que celle établie plus haut (§ 361, *a*) au sujet des limites locales, comme au commencement du traité, vol. I, § 1.

(*c*) Voy. Vol. I, § 4, 5.

espèce appartient telle ou telle règle. Ces doutes ne peuvent être levés que par une étude attentative du sens et de l'intention des nouvelles lois (§ 398).

La première espèce de règles concernant l'acquisition des droits comprend aussi leur perte, la dissolution des rapports de droit (la perte du droit en la personne du titulaire), ce que l'on sous-entend pour abréger (*d*). Sans doute dans les applications les plus nombreuses et les plus importantes ces deux choses coïncident; ainsi, quand il s'agit d'une aliénation, d'une usucapion, d'une prescription, de la dissolution d'une obligation, l'une des parties acquiert toujours précisément ce que perd l'autre partie. Mais même dans les cas plus rares et moins importants où la perte existe seule, par exemple dans les cas de l'abandon, il n'est pas douteux que la collision des lois dans le temps ne se juge comme dans le cas d'acquisition.

Il y a des droits qui de leur nature ont une durée indéfinie, tels que la propriété et l'esclavage, qui se transmettent, l'une par les successions, l'autre par la naissance, de sorte que l'extinction totale de ces droits ne peut se présenter que dans des circonstances accidentelles;

(*d*) J'aurias donc pu aussi appeler cette espèce de règles : *règles pour les faits juridiques* (Vol. III, § 104). J'ai rejeté cette expression comme trop abstraite.

d'autres, au contraire, ont de leur nature une existence passagère, tels que les obligations en général, l'usufruit, les rapports de famille. Pour les unscomme pour les autres, les questions de collision se décident d'après les mêmes principes. Néanmoins il faut reconnaître que les règles concernant l'existence des droits, et par conséquent les principes applicables à leur collision, ont une importance bien plus grande pour les droits d'une durée indéfinie que pour ceux d'une durée passagère.

Si l'on se demande laquelle de ces deux espèces de règles, et partant leur collision possible, offre en soi le plus d'intérêt, la réponse est différente, selon le point de vue auquel on se place. D'un côté, les lois nouvelles sur l'existence des droits ont plus d'importance, parce qu'elles agissent d'une manière plus profonde sur l'état général du droit qu'elles modifient. D'un autre côté, les lois nouvelles sur l'acquisition des droits ont plus d'importance en ce qu'elles appellent plus fréquemment l'attention, et que leur action se fait plus sentir. En effet, elles forment la base des actes juridiques (*e*), c'est-à-dire des transac-

(*e*) Des actes libres constituent sans aucun doute les faits juridiques les plus nombreux et les plus importants; quelquefois aussi ces faits résultent d'événements accidentels, mais, en ce qui touche la question de collision, soumis aux mêmes règles que les actes libres. Je citerai pour exemples, comme

tions civiles dans leur ensemble. Aussi les questions de collisions sont-elles pour cette espèce de règles plus graves et plus compliquées : c'est ce qui m'a déterminé à traiter d'abord de cette espèce de règles dans la présente recherche.

D'après les considérations qui précèdent, voici l'ordre le plus naturel et le plus convenable pour la solution du problème que nous avons à résoudre.

Nous avons à déterminer, pour deux espèces de règles de droit, quelles sont dans le temps les limites de leur empire.

A) D'abord pour les règles ayant comme objet l'acquisition des droits.

Ici nous devons avant tout déterminer la véritable signification du principe fondamental, et en même temps montrer son rapport avec l'ancienne et la nouvelle législation, comme aussi avec les opinions des auteurs.

Ensuite nous devons appliquer ce principe aux divers rapports de droit et aux diverses questions de droit.

Enfin, nous devons exposer la nature des excep-

bases de l'acquisition de la propriété, les différentes formes de l'accession; comme base d'un droit de succession ab intestat, la mort d'une personne déterminée.

tions qui souvent viennent se placer à côté du principe.

B) Secondement, pour les règles ayant comme objet l'existence des droits. Nous aurons à traiter les mêmes questions que pour la première classe de règles et dans le même ordre; seulement, ces questions ont un caractère plus simple.

§ CCCLXXXV. A. *Acquisition des droits. — Principe fondamental.*

Il s'agit maintenant d'établir le principe fondamental de la collision dans le temps pour les règles ayant comme objet l'acquisition des droits. Dans ces limites nous devons admettre comme vrai le principe dont nous avons dénié plus haut (§ 384) la généralité. Je vais essayer de le préciser en reprenant les deux formules énoncées précédemment, et par là même je mettrai en évidence la relation intime qui existe entre ces deux formules.

La première est ainsi conçue :

Les lois nouvelles n'ont pas d'effet rétroactif.

Voyons d'abord quel est le véritable sens de la rétroactivité que repousse cette formule.

Évidemment elle ne doit pas se prendre dans le sens littéral, d'où il résulterait que le passé serait non avenu ; or, comme cela est impossible, il n'est pas besoin de règle de droit pour l'em-

pécher. — L'effet rétroactif doit donc s'entendre moralement, et alors il signifie qu'une loi rétroactive attirerait sous son empire les conséquences des faits juridiques antérieurs, et influerait sur ces conséquences. Maintenant cet effet rétroactif sur les conséquences des faits antérieurs est susceptible de différents degrés.

A) Il peut s'exercer exclusivement sur les conséquences des actes juridiques postérieurs à la loi nouvelle.

B) Indépendamment de ces conséquences, il peut embrasser aussi le temps écoulé entre les faits juridiques et la loi nouvelle.

Deux exemples mettent en évidence ces divers effets rétroactifs. — Si, dans un pays où le taux de l'intérêt est illimité, un prêt est fait à dix pour cent, et si trois ans plus tard on introduit dans ce pays le droit romain qui prohibe les intérêts supérieurs à six pour cent, le premier degré de rétroactivité aurait pour effet que les quatre pour cent excédant le taux légal ne pourraient plus être réclamés à partir de la nouvelle loi, mais que les quatre pour cent échus pendant les trois années antérieures à la loi seraient acquis au créancier et pourraient être reclamés en justice. Le second degré de rétroactivité aurait pour effet que les quatre pour cent excédant le taux légal ne pourraient être exigés ni à l'avenir ni pour les trois années antérieures. — Si dans un pays

où l'aliénation de la propriété peut se faire par simple contrat, un domaine rural est vendu de cette manière, et que cinq ans plus tard une loi nouvelle exige la tradition comme condition de l'aliénation, le premier degré de rétroactivité aurait pour effet que pendant les cinq ans antérieurs à la loi l'acheteur aurait été propriétaire, et aurait recueilli les fruits en cette qualité; mais la loi une fois rendue, il cesserait d'être propriétaire. Si l'on applique le second degré de rétroactivité, l'acheteur n'a jamais été propriétaire, et il a perçu les fruits indûment.

Maintenant la formule transcrite plus haut (le principe de la non rétroactivité) refuse absolument à la loi nouvelle toute action sur les conséquences des actes antérieurs, et cela à tous les degrés imaginables. Ainsi elle maintient les intérêts stipulés à dix pour cent, tant pour les trois années écoulées que pour l'avenir (*a*). Elle reconnaît la propriété acquise par simple contrat, non-seulement pour les cinqannées antérieures, mais indéfiniment.

Je passe à la seconde formule, qui est conçue en ces termes :

(*a*) Cela n'a pas ordinairement grande importance pour l'avenir; car le débiteur peut rembourser le créancier, et, par suite de la nouvelle loi, trouver aisément à emprunter de l'argent à un intérêt moins élevé, si toutefois la faculté de remboursement ne lui a pas été interdite pendant un temps déterminé.

Les lois nouvelles ne doivent porter aucune atteinte aux droits acquis.

Cette formule exige le respect des droits acquis, ou, pour parler plus exactement, le maintien des rapports de droit avec leur nature et leur efficacité primitive.

Plusieurs auteurs ont vu dans cette seconde formule un principe nouveau et indépendant, autre que celui exprimé par la première formule (*b*). L'une et l'autre ne contiennent en réalité qu'un seul et même principe, envisagé sous des aspects différents. Pour rendre la chose sensible, il suffit de reprendre les exemples déjà cités. — En stipulant des intérêts à dix pour cent, le créancier a acquis le droit de recevoir ces intérêts pendant toute la durée du prêt (*c*); et ce droit doit être maintenu, bien qu'une loi nouvelle fixe les intérêts à un taux plus bas. — L'acheteur du domaine rural en a acquis la propriété par simple contrat; et ce droit acquis doit être maintenu, bien qu'une loi nouvelle subordonne a la tradition la validité de l'aliénation.

La formule relative au maintien des droits acquis a besoin d'être précisée sous deux as-

(*b*) Bergmann, p. 92; Puchta, Vorlesungen, p. 223.

(*c*) On aurait tort de n'appeler droit acquis que le droit aux intérêts échus. Le droit aux intérêts à échoir est également un droit acquis, mais dont l'exercice est différé jusqu'à une époque déterminée.

pects différents pour prévenir de graves erreurs.

D'abord, quand notre formule exige le maintien des droits acquis, par là il faut seulement entendre les rapports de droit d'une personne déterminée, c'est-à-dire les parties constitutives du domaine où la volonté individuelle exerce son indépendance (*d*), et non les qualifications abstraites de tous les hommes ou d'une classe de la société (*e*). Quelques exemples feront ressortir ce contraste, et la restriction qui en résulte pour l'application de notre formule. — Quand le duel est soumis à une peine dans un pays où auparavant il était licite, tous les habitants se trouvent privés de la faculté qu'ils avaient de se battre en duel impunément. Mais l'application immédiate de cette loi n'est pas contraire à notre formule, parce que cette faculté abstraite du duel commune à tous les habitants du pays n'a point la nature d'un droit acquis. — Il en est de même quand dans un pays les femmes peuvent se porter valablement comme caution, et que, par suite de l'introduction du droit romain, le *Sc. Vellejanum* leur enlève cette capacité. Il en est encore de même quand la majorité commençait à vingt et un ans, et que l'introduction du droit romain la recule jusqu'à vingt-cinq. Tous

(*d*) Voy. Vol. I, § 52, 53.
(*e*) Bergmann, § 20.

ceux qui, lors de la promlugation de la loi nouvelle, n'ont pas encore accompli leur vingt et unième année (*f*) perdent l'aptitude de devenir majeurs à cet âge, et leur minorité est prolongée de quatre ans.

Secondement, il ne faut pas confondre avec les droits acquis les simples expectatives qui, fondées sur l'ancienne loi, se trouvent détruites par la loi nouvelle. Ce résultat n'a rien de commun avec le principe qui garantit le maintien des droits acquis. — Ainsi, d'après la loi sur les successions, certaines personnes déterminées peuvent s'attendre à hériter *ab intestat* d'un membre de leur famille. et peut-être ont-elles établi leur genre de vie conformément à cette attente. Si maintenant une loi nouvelle sur les successions vient détruire ces espérances, ce changement du droit peut leur être très-préjudiciable : mais notre principe ne s'oppose pas à ce résultat, car il protége seulement les droits acquis, et non de simples expectatives. — Ainsi encore, quand un individu reçoit d'un homme riche sans enfants l'assurance d'être institué son héritier universel lors même qu'il a eu communication du testament, une loi nouvelle rendue pendant la vie du testateur, loi qui prohibe les testaments, peut aussi bien anéantir

(*f*) Il en est autrement pour ceux qui, à l'époque de la loi nouvelle, avaient vingt et un ans accomplis; car la majorité était déjà pour chacun d'eux un droit personnel acquis.

cette espérance qu'un changement de volonté du testateur (*g*). — Mais il ne faut pas confondre les simples expectatives avec les droits qui ne peuvent pas encore être exercés, parce qu'ils sont soumis à une condition ou à un terme. Ce sont réellement là des droits, puisque même la condition accomplie a un effet rétroactif. La différence consiste en ce que l'expectative, quant à ses résultats, dépend de la simple volonté d'une personne étrangère, ce qui n'a pas lieu pour la *conditio* et pour le *dies* (*h*).

Le principe contenu dans ces deux formules à deux significations diverses en soi, également vraies et importantes : l'une relative au législateur, et l'autre au juge.

Pour le législateur, ce principe signifie qu'il ne doit pas donner aux lois nouvelles d'effet rétroactif, ni porter atteinte aux droits acquis (*i*).

Pour le juge, il signifie que toute loi nouvelle, lors même qu'elle ne s'exprime pas claire-

(*g*) Meier, p. 32, 33.

(*h*) Voy. Vol. III, § 116, 117, 120. — Chabot, t. I, p. 128. — Meier, p. 30-32, p. 172.

(*i*) C'est ce qu'exprime la L. 65, C., de decur. (X, 31) : « *cum conveniat* leges futuris regulas imponere, non præteritis calumnias excitare. » La plupart des autres textes présentent plutôt une instruction adressée aux juges : tel est notamment le texte auquel la L. 65 cit. est empruntée presque littéralement, L. 3, C., Th. de const. (I, 1) : « Omnia constituta non præteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam imponunt. »

ment, doit être interprétée et appliquée de manière à ne pas lui attribuer d'effet rétroactif, et à respecter les droits acquis.

Ainsi donc, quand dans un pays l'aliénation de la propriété pouvait se faire par simple contrat et qu'une loi nouvelle exige la tradition, d'après notre principe cette loi devra être entendue en ce sens : « Celui qui à l'avenir voudra aliéner une propriété devra recourir à la tradition. » Voilà comment le législateur doit entendre, sinon exprimer la prescription nouvelle, et voilà comment les juges doivent l'appliquer.

Jusqu'ici j'ai essayé de déterminer la signification propre du principe, d'en montrer les diverses applications, et de le renfermer dans ses véritables limites. Mais je n'ai pas encore abordé la question principale : Devons-nous en général admettre ce principe comme vrai, et par quels motifs?

On pourrait être tenté d'élever l'objection suivante : Toute loi nouvelle est faite avec la conviction de sa supériorité sur celle qu'elle remplace. D'après cela on pourrait vouloir étendre autant que possible son efficacité, afin d'agrandir le cercle de l'amélioration que l'on espère. Ce point de vue a de l'analogie avec l'idée présentée plus haut au sujet du droit territorial (§ 348), que dans tous les cas de collision locale entre les lois chacun ne devrait jamais appliquer que la loi de

son pays. De même qu'alors à ce principe spécieux nous avons opposé le principe vrai, que tout rapport de droit devait se juger d'après la loi au domaine de laquelle il appartient naturellement, de même ici où il s'agit de l'efficacité dans le temps, nous devons renfermer l'empire de chaque nouvelle loi dans ses limites naturelles. Or, les limites naturelles de l'empire d'une nouvelle loi sont, d'après le principe posé précédemment, la non rétroactivité et le maintien des droits acquis. La vérité de cette doctrine ressort des considérations suivantes :

Premièrement, il est très-important et très-désirable que les citoyens aient une confiance inébranlable en l'empire des lois existantes. Cela ne veut pas dire une confiance en leur durée immuable; car, suivant les circonstances, l'espoir d'une amélioration, d'un progrès, peut être un vœu fondé et salutaire. Cela veut dire la confiance que tant que les lois subsisteront, elles conserveront leur empire et leur efficacité. Chacun doit donc pouvoir compter que les actes juridiques par lui faits suivant les lois existantes pour acquérir des droits, conserveront dans l'avenir leur efficacité.

Secondement, il n'est ni moins important ni moins désirable de voir maintenir l'état du droit et des biens. Or, ce maintien, autant que la législation peut y contribuer, est favorisé par

notre principe et compromis par le principe contraire.

Troisièmement, le principe contraire doit être rejeté par cela seul qu'il est impossible d'en tirer toutes les conséquences; car son application est nécessairement accidentelle, inconséquente et par là même injuste, puisqu'elle embrasse seulement certaines espèces d'actes juridiques, et ne peut atteindre les autres. Si l'on voulait appliquer dans toute sa rigueur le principe contraire dans un pays où la propriété peut s'aliéner par simple contrat, si une loi nouvelle exigeait la tradition, toutes les aliénations antérieures deviendraient nulles, ou auraient besoin d'être validées par une tradition faite après coup. L'impossibilité d'un pareil état du droit est tellement évidente, que certainement ses conséquences seraient repoussées par ceux-là même qui regardent la rétroactivité, prohibée par les lois positives, comme conforme à la nature des choses. Ainsi donc on croyait poser d'une manière générale la question de l'effet rétroactif; mais en réalité on ne pensait qu'aux actes juridiques non consommés, notamment aux contrats obligatoires dont l'exécution devait être postérieure à la promulgation de la loi nouvelle (*k*). Ainsi

(*k*) Tel est notamment le point de vue de Weber, p. 108, qui maintient la propriété acquise par simple contrat sous

restreinte la rétroactivité se conçoit; mais cette restriction accidentelle et arbitraire prouve que la rétroactivité est impossible comme principe général, et injuste dans sa seule application possible.

§ CCCLXXXVI. A. *Acquisition des droits. — Principe fondamental* (Suite).

Le principe qui domine les règles relatives à l'acquisition des droits n'a encore été examiné qu'au point de vue général de la nature et de la destination des lois; je passe maintenant aux décisions législatives sur cette question importante.

Ici nous trouvons d'abord une loi rendue pour l'empire d'Orient par l'empereur Théodose II en 440 (*a*), loi qui par la suite a exercé l'influence la plus décisive, tant sur la législation que sur la pratique et sur la doctrine des auteurs. Elle est ainsi conçue :

« Leges et constitutiones futuris certum est « dare formam negotiis, non ad facta præterita re-

l'empire de l'ancienne loi, lors même qu'une loi nouvelle exige la tradition pour transférer la propriété. Mais lui-même ne reste pas fidèle à son principe; car, sans s'en apercevoir, il y met des restrictions inconséquentes et arbitraires.

(*a*) L. 7, C., de legibus (I, 14). — Ce texte est reproduit littéralement dans une décrétale de Grégoire IX; C. 13, X, de const. (I, 2), et sa pensécese retrouve C. 2, X, eod.

« vocari, nisi nominatim et de præterito tempore « et adhuc pendentibus negotiis cautum sit. »

Le contenu important de cette loi, qui confirme pleinement la doctrine exposée plus haut, peut se ramener aux points principaux suivants :

Elle ne distingue pas les conséquences passées et les conséquences futures des actes juridiques, mais bien les actes passés et les actes futurs. « Les lois nouvelles, dit-elle, s'appliquent à tous les actes juridiques ultérieurs (futuris... *negotiis*), non aux actes passés (non ad facta præterita revocari), lors même que leurs effets ne seraient pas encore accomplis (adhuc *pendentibus* negotiis) (*b*).

Elle admet néanmoins la rétroactivité dans le cas où une loi nouvelle se l'attribuerait par

(*b*) L'exception réservée pour les *pendentia nogotia* n'existe donc pas pour les cas ordinaires. Le *pendens negotium* est un contrat déjà fait lors de la nouvelle loi, mais qui, n'étant pas exécuté en totalité ou en partie, doit avoir ses effets dans l'avenir. — L'expression *negotium* est employée dans notre texte *a potiori*, car la plupart des faits juridiques, sinon tous, sont de véritables actes juridiques (§ 384, *e*). On voit aussi ailleurs l'expression *negotium* appliquée à un fait qui n'est certainement pas un acte juridique, à l'ouverture d'une succession ab intestat. L. 12, in f., C., de suis (VI, 55). — Parmi les *pendentia negotia* figurent incontestablement ceux sur lesquels un litige est déjà engagé, mais non terminé, néanmoins je ne crois pas que cette expression désigne ici ce cas spécialement. Il n'en est pas de même des « *causis*... quæ *in judiciis* adhuc pendent » dans la const. *Tanta*, § 23.

exception ; d'où l'on voit qu'il s'agit ici d'une règle d'interprétation pour le juge, et non d'une règle de conduite pour le législateur, auquel on réserve expressément une entière indépendance dans chaque cas particulier. Lors même que cette réserve n'eût pas été faite, elle s'impliquerait de soi-même, puisqu'à l'avenir cette prescription pouvait être abolie dans son ensemble, comme dans son application à chaque cas particulier.

Le point de vue auquel se place l'auteur de cette loi est également remarquable. Il ne prétend pas faire une disposition nouvelle qui remplacerait une disposition contraire ; il veut seulement exprimer ce qui résulte nécessairement de la nature et du but de la législation (certum est) : ce n'est donc là qu'une instruction donnée aux juges pour les prémunir contre toute erreur possible sur cette question. D'ailleurs, nous ne devons pas douter que cette règle n'ait été reconnue de tout temps par les jurisconsultes romains ; et si nous n'en avons pas de témoignage plus ancien, cela tient à des circonstances accidentelles (*b*[1]).

Enfin on a vu plus haut qu'il y a deux espèces de lois nouvelles : les unes isolées et spéciales (§ 383. Num. 1), les autres composant un re-

(*b*[1]) Cela est formellement reconnu dans Cicero in Verrem, I, 42, comme un principe ancien et incontestable.

cueil, c'est-à-dire donnant force de lois à un ensemble général de règles (§ 383, Num. 2, 3, 4). La loi qui nous occupe ne parle évidemment que de la première espèce de règles, mais son contenu s'applique aussi bien à la seconde.

Le principe fondamental que la loi de Théodose exprime sous sa forme générale est reconnu dans diverses constitutions, rendues comme lois nouvelles sur des questions de droit particulières, avec cette addition qu'elles ne disposent que pour l'avenir et n'ont pas d'effet rétroactif : cette addition a ici la nature d'une loi transitoire (§ 383). — Quelques-unes de ces constitutions sont remarquables en ce qu'elles expriment clairement le caractère assigné plus haut à notre principe, celui de maintenir les conséquences ultérieures des actes passés (*c*). — D'autres indiquent fort bien le motif de notre règle, que celui qui, se fiant aux lois existantes, y conforme ses actes juridiques, ne mérite aucun blâme ; car il n'a pu prévoir la loi future, ni la prendre en considération (*d*).

(*c*) L. un., § 16. C., de rei ux. act. (V, 13 : « instrumenta enim jam confecta viribus carere non patimur, *sed suum exspectare eventum.* » — L. un., § 13, C., de latina libert. toll. (VII, 6) : « Sed si quidem liberti jam mortui sunt et bona eorum quasi Latinorum his, quorum intererat, aggregata sunt, *vel adhuc vivunt*, nihil ex hac lege innovetur, *sed maneant apud eos jure antiquo firmiter detenta et vindicanda.* »

(*d*) L. 29, C., de test. (VI, 23) ; Nov. 22, C. 1. — Ce prin-

Nous avons maintenant à rechercher quel est pour nous, au point de vue du droit commun, la signification de ces décisions du droit romain; nous pouvons comprendre dans cette recherche les exceptions faites par le droit romain, et où la rétroactivité est admise, conformément à la réserve générale dont il a été parlé, renvoyant à un autre endroit la mention des cas particuliers. Les auteurs s'accordent à reconnaître force de lois véritables à toutes les décisions du droit romain relatives tant à la règle qu'à l'exception, partout où le droit romain est en vigueur. Je ne suis nullement convaincu de la vérité de cette doctrine.

D'abord, je la repousse en principe. Soit que nous considérions ces décisions comme des instructions pour le législateur ou pour le juge, ce qui en soi est également vrai (§ 385), elles n'ont pas pour nous, dans les pays régis par le droit romain, force de lois obligatoires (*e*).

Secondement, je repousse cette doctrine, à cause du contenu spécial des décisions dont il s'agit ici. La décision générale qui dénie la rétroactivité et ses diverses reproductions (notes *a*, *c*, *d*) ne créent pas un droit nouveau, et elles

cipe est aussi reconnu dans les constitutions suivantes : L. 65, C., de decur. (X, 31); L. 18, C. de testibus (IV, 20); Nov. 66, C. 1, § 4, 5.

(*e*) Voy. Vol. I, § 27, 49.

ne sont en réalité que des instructions pour l'interprétation des lois nouvelles. Ainsi pour ces décisions la question est complétement oiseuse.

Il n'en est pas de même des diverses exceptions au principe, qui ont en soi un caractère tout à fait positif. Et cependant ici encore un examen plus attentif nous conduit au même résultat. Afin de rendre la chose sensible, je vais discuter les lois de Justinien sur l'intérêt de l'argent. L'an 528, Justinien ordonna que l'intérêt de douze pour cent, permis depuis des siècles, serait réduit à six pour cent (*f*). Bientôt après, des doutes s'étant élevés relativement aux intérêts stipulés avant 528, il rendit en 529 une loi transitoire (*g*), portant que les intérêts échus avant 528 seraient réglés d'après l'ancienne loi, et que les intérêts échus depuis 528, comme tous ceux à échoir, seraient réglés d'après la loi nouvelle (*h*). Maintenant chacun reconnaîtra qu'il ne peut plus être question du contenu immédiat de la loi ; car certainement aucun juge n'aura à prononcer sur une stipulation d'intérêts antérieurs à l'an 528. Il ne peut être non plus question d'appliquer la loi dans les pays où le droit romain est en vigueur depuis des siècles ; car les faits manque-

(*f*) L. 26, C., de usuris (IV, 32).

(*g*) L. 27, C., de usuris (IV, 32).

(*h*) Cette dernière disposition est rétroactive, et par conséquent elle déroge à notre principe (§ 385).

raient également pour donner matière à cette application. Le seul cas d'application possible serait quand un pays où l'intérêt est entièrement libre se trouve réuni à un État régi par le droit romain, qui prohibe l'intérêt au delà de six pour cent. Ici l'on pourrait vouloir appliquer la loi transitoire de Justinien aux stipulations d'intérêts faites dans ce pays antérieurement à sa réunion. Mais je repousserai encore cette application comme déplacée, comme conforme à la lettre seule de la loi, et contraire à son esprit. En effet, toute loi transitoire autre qu'une simple instruction, et ayant comme celle de Justinien un effet rétroactif, est d'une nature rigoureusement positive, par conséquent faite pour le temps et les circonstances actuelles : elle n'exprime pas une règle appropriée à tous les temps et à toutes les circonstances. Justinien peut donc avoir ici ordonné la rétroactivité, parce qu'il a cru, à tort ou à raison, qu'elle répondait aux besoins ou aux convenances de son époque. Si maintenant nous voulions l'appliquer, ce serait aller au delà des intentions de la loi; car ce serait admettre sans le moindre fondement que Justinien a voulu étendre sa prescription à tous les temps, dont il ne pouvait prévoir ni les besoins ni les convenances.

Si, d'après les motifs que je viens d'exposer, je refuse à ces décisions du droit romain force de lois obligatoires, même dans le domaine de

notre droit commun, je suis loin d'en méconnaître l'intérêt et l'importance. Elles ont eu une grande importance; car depuis des siècles elles exercent leur puissante autorité sur la législation, la pratique des tribunaux et les théories des auteurs. Aussi, malgré des divergences de détails, on est parvenu dans l'ensemble à un accord que, sans cette base commune, il n'était certainement pas permis d'espérer.

§ CCCLXXXVII. A. *Acquisition des droits.* — *Principe fondamental* (Suite).

Le principe du droit romain, qui repousse la rétroactivité, a passé dans les principales législations modernes.

I) Législation prussienne.

L'introduction du code prussien exprime ce principe en ces termes :

§ 14. « Les lois nouvelles ne peuvent s'appliquer aux actes ni aux faits antérieurs à leur promulgation. »

Cette prescription a évidemment le sens d'une instruction pour les juges; de sorte que les mots *ne peuvent* équivalent à *ne doivent*.

En ce qui touche le législateur, le projet contenait un texte exprimant la réserve d'exceptions, comme nous l'avons vu en droit romain (*a*).

(*a*) Entwurf eines Gesetzbuchs Einl., § 20. « Le souverain

Cette réserve a été omise dans le code, et elle a été remplacée par cette exception générale, que les lois pénales nouvelles, si elles sont plus douces que les anciennes, s'appliquent aussi aux délits commis avant leur promulgation (*b*). — Mais cette omission n'a pas d'importance; car évidemment le législateur a toujours le droit de donner, par exception, effet rétroactif à une loi nouvelle.

La prescription transcrite plus haut s'accorde aussi avec le droit romain, en ce qu'elle soustrait expressément à l'empire de la loi nouvelle les actes juridiques antérieurs (« les actes et les faits »), et par là elle maintient les effets de ces actes tant pour le passé que pour l'avenir.

Independamment de cette disposition générale, qui pour toutes les lois actuelles et futures marque dans le temps les limites de leur application, nous devons mentionner plusieurs dispositions transitoires, motivées par l'introduction de la législation prussienne actuelle tantôt dans un pays entier, tantôt dans une de ses parties (§ 383). Toutes reconnaissent le principe, et en font des applications de détails.

peut seul, par des motifs d'intérêt général, étendre une loi nouvelle à des cas antérieurs. »

(*b*) Einleitung zum A. L. R., § 18-20. On trouve § 16, 17, une autre exception touchant la forme des actes juridiques. J'en parlerai plus bas (§ 388, *c*).

II) Législation française.

Le code civil reconnaît notre principe en ces termes (*c*) :

« La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. »

La brièveté de ce texte et l'emploi du mot technique (effet rétroactif) ne permettent pas de douter que le législateur n'ait voulu sanctionner pleinement la doctrine fondée sur le droit romain, et développée depuis longtemps par le droit scientifique de tous les peuples ; et la pratique est conforme à cette interprétation.

Le code pénal pose la règle absolument dans le même sens (*d*). L'effet rétroactif des lois pénales, quand la loi nouvelle est plus douce que l'ancienne, n'est pas, comme dans le droit prussien, prononcé par la loi elle-même, mais reconnu par la jurisprudence.

III) Législation autrichienne.

Ici encore nous ne trouvons qu'un texte fort court (*e*) :

« Les lois n'ont pas d'effet rétroactif ; ainsi donc elles n'exercent aucune influence sur les actes antérieurs à leur promulgation et sur les droits acquis. »

La remarque faite au sujet du droit français

(*c*) Code civil, art 2.
(*d*) Code pénal, art. 4.
(*e*) Gesetzbuch, § 5.

s'applique également ici; et même d'après les termes de ce texte il est plus évident encore que le législateur a voulu s'approprier dans son ensemble la théorie reconnue et développée par le droit commun.

Le droit scientifique a eu d'autant plus d'influence sur la théorie qui nous occupe, que l'action de la législation s'est moins fait sentir : je crois donc nécessaire de présenter quelques observations préliminaires sur la position de nos auteurs vis-à-vis de cette théorie. L'ensemble général nous offre un accord plus grand qu'on ne pourrait l'attendre; ce qui tient à l'influence exercée pendant des siècles par les décisions du droit romain (§ 386) et aussi à la force des choses.

Néanmoins il existe des divergences d'opinions, et elles ont une double nature. Les unes se rattachent à l'intelligence plus ou moins complète des divers rapports de droit en ce qui touche notre question, et je me réserve d'en parler quand je traiterai de ces rapports de droit eux-mêmes. Les autres se rattachent aux tentatives faites pour formuler en principes généraux des idées plus ou moins claires, et ces divergences ont surtout un caractère théorique. L'examen détaillé et la critique de ces différentes tenta-

tives n'auraient pas l'utilité que semble promettre un semblable travail. Il suffira d'en signaler les principaux traits chez les auteurs qui se sont spécialement occupés de ces formules générales.

Weber insiste particulièrement sur la distinction suivante (*f*) : « On peut, dit-il, essayer d'abord de traiter une loi nouvelle comme si elle appartenait à un temps plus ancien, de manière à lui soumettre les effets passés des actes juridiques antérieurs. C'est là de la rétroactivité, mais une rétroactivité condamnable. Ensuite on peut se borner à régler pour l'avenir, d'après la loi nouvelle, les effets des actes juridiques antérieurs; et dans ces limites la rétroactivité est légitime. » — Weber s'imagine avoir puisé cette distinction fondamentale dans la nature des choses; mais elle est en réalité sous l'influence de la L. 27, C., De usuris (§ 386, *g*), dont il transforme, à son insu, la prescription particulière et arbitraire en un principe général. J'ai montré plus haut (*g*) comment il est forcé d'abandonner sans s'en apercevoir les conséquences de son principe, pour échapper dans l'application à une impossibilité absolue.

Bergmann prend comme point de départ une distinction plus générale (*h*). D'un côté il place

(*f*) Weber, § 21-27.
(*g*) Voy. § 385, *k*.
(*h*) Bergmann, § 4, § 22, § 30.

ce qui est conforme à la nature des choses, de l'autre ce qui est établi par les lois positives du droit romain. — Suivant lui, ce qui est conforme à la nature des choses est ce que Weber nous donne pour le contenu du droit romain. La loi ne doit pas être antidatée, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas s'appliquer aux effets déjà passés; mais pour l'avenir elle doit régler les effets des actes juridiques antérieurs. — Les lois positives du droit romain s'éloignent doublement de ces principes. D'abord, elles maintiennent pour l'avenir les effets des actes juridiques antérieurs; ensuite, elles protégent, non-seulement les droits acquis, mais aussi les simples expectatives.

Nous devons surtout blâmer ce dernier auteur de représenter le contenu du droit romain comme en opposition directe avec le droit fondé sur la nature des choses, ce qui est absolument contraire aux intentions de Théodose II et à l'esprit du texte principal inséré par Justinien dans son recueil (§ 386, *a*); car alors il faudrait admettre que les législateurs romains se sont complétement trompés sur la nature des choses, et non qu'ils aient volontairement créé un droit positif nouveau. — Du reste, Bergmann suit au fond la même route que Weber. Ce dernier, comme je l'ai dit plus haut, écrit, sans s'en rendre bien compte, sous l'influence de la L. 27, C., De usuris;

de même Bergmann subit l'influence de deux Novelles de Justinien (N. 66 et N. 22, C. I). Sous la fausse apparence d'une critique historique, prenant pour point de départ quelques expressions générales de ces Novelles et leurs prescriptions arbitraires, il fabrique une théorie de la rétroactivité des lois permise et non permise, d'après cette supposition tacite et gratuite, que Justinien a voulu dans ces Novelles établir cette théorie comme règle générale pour l'application de toutes les lois nouvelles.

Enfin, Struve ne nous dit rien de neuf sur la rétroactivité; car il diffère des autres auteurs plus par la forme que par le fond. Néanmoins, on doit reconnaître, comme lui appartenant en propre, l'idée que les règles sur l'application des lois nouvelles au passé et à l'avenir doivent être exclusivement puisées par le juge dans la nature même de chaque affaire, jamais dans les lois positives. Suivant lui, toute tentative de régler législativement cette matière est radicalement nulle; et les juges ne doivent y avoir aucun égard. C'est pourquoi il repousse absolument toute législation transitoire (*i*). — La position des juges vis-à-vis des lois ainsi entendue, il faut admirer la modestie de l'auteur, qui renferme son système dans le cercle étroit des questions

(*i*) Struve, p. 6, p. 30-34, p. 153, 154.

de droit relatives à la rétroactivité. Quand on examine impartialement la chose, on doit se convaincre que, si cette doctrine est vraie en soi, elle doit embrasser l'universalité des questions de droit.

§ CCCLXXXVIII. A. *Acquisition des droits. — Application du principe fondamental.*

Avant de passer aux applications du principe fondamental que je viens de poser, je dois signaler une différence importante pour notre recherche, la différence que présente la nature des faits juridiques. La plupart de ces faits sont des événements simples appartenant à un temps précis, tels que les contrats, qui consistent en une déclaration de volontés conformes, c'est-à-dire en un acte momentané, et où l'on n'a point égard aux longs préparatifs qui peuvent l'avoir précédé. Pour cette classe de faits il est toujours facile de déterminer si une loi leur est antérieure ou postérieure.

Mais y a d'autres actes qui embrassent toute une période de temps, soit qu'ils supposent la continuation d'un certain état de choses, tel que l'usucapion et la prescription, soit qu'ils résultent de plusieurs événements appartenant à des époques différentes, tels que les testaments. Déterminer quel est dans le temps le rapport de

ces faits à une loi nouvelle, est une question difficile et compliquée, qui exige un examen attentif et la distinction de diverses circonstances; car la loi nouvelle peut se placer dans l'intervalle qui s'écoule entre le commencement et le complément de ces actes.

Pour les faits de la première espèce (les événements momentanés), notre attention doit se porter principalement sur la capacité d'agir des parties et sur la forme juridique des actes. Je crois devoir placer ici une observation préliminaire commune à l'une et à l'autre.

La capacité d'agir se juge exclusivement d'après la date des actes juridiques, tant en ce qui touche l'état des faits que la loi en vigueur. Si donc un mineur fait un contrat sans son tuteur, ce contrat est nul, même après que le mineur a atteint sa majorité, ou lors même qu'une loi postérieure avancerait l'époque de la majorité. La réciproque est également vraie; ainsi donc le contrat fait sous l'empire de la loi française par un individu âgé de vingt et un ans reste valable, lors même que bientôt après le pays passerait sous la domination du droit romain, qui fixe à vingt-cinq ans l'âge de la majorité. — Ainsi, je ne sache pas qu'il se soit jamais élevé de doutes sur ce point. — Il en est de même quand une femme se porte caution, malgré la prohibition du droit romain (*du Sc. Vellejanum*) et que plus tard cette loi est

abolie, ou réciproquement. Dans le premier cas, le cautionnement reste nul; dans le second cas, il demeure valable, malgré le changement de la loi (*a*).

La forme des actes juridiques doit aussi se régler exclusivement d'après la loi en vigueur à l'époque où l'acte a été fait, de sorte qu'une loi postérieure n'a aucune influence sur sa validité, soit qu'elle en rende la forme plus facile ou plus difficile. On peut exprimer cette proposition en ces termes : *tempus regit actum*, parallèlement à la règle du droit local : *locus regit actum* (§ 381), et même elle représente un plus haut degré de certitude et de nécessité que cette dernière; car on peut la regarder comme une règle fondée sur un droit coutumier général, et destinée à favoriser les actes juridiques. En effet, pour la règle du droit local, des motifs d'équité font quelquefois permettre aux parties de choisir, entre deux droits, celui du lieu où l'acte intervient et celui du lieu auquel l'acte juridique appartient sous d'autres rapports, par exemple, le droit du domicile. Pour la règle : *tempus regit actum*, cette alternative est impossible; car nul ne saurait prévoir que la forme de l'acte sera changée par une loi future, et comment elle sera

(*a*) Sur le Sc. Vellejanum, Meier exprime une opinion différente de celle-ci. J'en parlerai plus bas (§ 392), au sujet des contrats.

changée. Aussi les auteurs s'accordent-ils à reconnaître cette règle (*b*).

Il n'y a qu'un seul cas où l'on pourrait élever des doutes sur la généralité de la règle : c'est quand la loi nouvelle facilite la forme d'un acte juridique. Ici l'on pourrait vouloir, par condescendance et dans le but de maintenir les actes juridiques, admettre la validité de l'acte, si la forme, insuffisante dans l'origine, se trouve plus tard coïncider avec les prescriptions de la loi nouvelle. C'est, en effet, ce que décide la loi prussienne (*c*). Mais cette décision me semble erronée; et je crois que partout où n'existe pas une loi semblable, le contraire résulte des principes généraux du droit.

Le législateur prussien paraît avoir considéré les formes positives des actes juridiques comme des restrictions apportées à la liberté individuelle dans l'intérêt général : tels sont, par exemple, les impôts, que l'État peut, sans violer le droit, abaisser dans leur ensemble, ou dont il peut faire gratuitement remise aux particuliers : pour l'impôt du timbre, quand l'emploi du papier timbré est ordonné comme condition de

(*b*) Weber, p. 90, sq.; Meier, p. 19, 29, 43, 61, 89.

(*c*) Allg. L. R. Einleit., § 17 : « Les actes nuls pour défaut de formes, en vertu des lois anciennes, sont valables s'ils étaient revêtus des formalités exigées par les lois nouvelles à l'époque où le litige a été engagé. »

la validité d'un acte. Ce point de vue est vrai; mais il ne l'est pas pour les autres formes, ainsi que le montre l'exemple suivant.

Aujourd'hui, celui qui à Berlin fait un testament olographe fait un acte nul, qui à la mort de son auteur ne peut conférer aucun droit. Mais si, avant la mort du testateur, on établissait en Prusse la loi française qui reconnaît les testaments olographes, d'après la loi citée plus haut (note *c*), son testament serait valable, et réglerait l'ordre de la succession. Il semble qu'il n'y ait ici qu'une faveur accordée au testateur par humanité; mais cela est très-contestable. Une loi qui, comme la loi prussienne actuelle, ne reconnaît d'autres testaments que ceux faits en justice, a été dictée par divers motifs, tous fondés sur l'importance des testaments comparés aux autres actes juridiques. L'intervention nécessaire du juge prévient la supposition d'un faux testament, les résolutions irréfléchies que peut faire naître contre certaines personnes un entraînement passager, enfin les influences égoïstes, contre lesquelles ne sait pas se défendre la faiblesse d'un testateur isolé et sans conseils. Tous ces motifs se rattachent à l'intérêt des particuliers, non à celui de l'État; et si la loi nouvelle leur attribue moins de valeur, il est toujours très-délicat de décider si l'intérêt véritable du testateur, c'est-à-dire le maintien d'une volonté réelle, sérieuse

et réfléchie, consiste à donner un effet rétroactif à un testament déclaré nul par le droit antérieur.

Cela devient surtout évident, si l'on cherche à s'expliquer les motifs pour lesquels le testateur n'a pas suivi les formes de droit établies à l'époque où il faisait son testament. Peut-être est-ce uniquement par ignorance du droit qu'il n'a pas revêtu des formes légales une volonté sérieuse et réfléchie, et la disposition du code que l'on regarde comme une faveur a sans doute été faite dans cette hypothèse. Mais il se peut aussi que le testateur ait connu le droit existant, et alors son testament olographe serait uniquement le projet d'un testament judiciaire, projet sur lequel il se réservait de réfléchir plus mûrement; et alors cette loi confirmerait un testament qui peut-être n'aurait jamais été réalisé. D'un autre côté, on peut dire que le testateur, en maintenant son testament olographe depuis la promulgation de la loi nouvelle, est censé l'avoir écrit de nouveau, comme il en avait incontestablement le droit. Mais rien de plus ordinaire en matière de testaments que le doute et l'hésitation, et dès lors aussi rien de plus incertain que les conjectures sur le résultat d'une volonté véritable et définitive. C'est s'engager dans la discussion de circonstances accidentelles, de faits problématiques; et, si l'on

examine impartialement la chose, on reconnaîtra qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour abandonner la règle de droit : *tempus regit actum;* car cette prétendue humanité nous expose à sanctionner des actes en opposition directe avec la volonté réelle du défunt.

Dans l'application aux divers rapports de droit, nous suivrons l'ordre adopté dans le premier chapitre (*d*).

I) État de la personne en soi.

II) Droit des choses.

III) Droit des obligations.

IV) Droit de succession.

V) Droit de la famille.

Nous n'aurons pas à nous occuper spécialement de la forme des actes juridiques, puisque cette question vient d'être traitée ici.

§ CCCLXXXIX. A. *Acquisition des droits.* — *Applications.* — I. *État de la personne en soi.*

Les lois nouvelles ayant pour objet l'état de la personne en soi, et spécialement la capacité d'agir, doivent être examinées sous deux aspects différents : d'abord relativement à leur action

(*d*) Je ne m'occupe ici que des matières du droit privé, ainsi que je l'ai déjà fait pour les limites du droit local (§ 361, *a*, § 384, *b*.).

possible sur les actes juridiques faits antérieurement à la loi nouvelle par la personne intéressée, ensuite relativement à l'état personnel lui-même, que la loi nouvelle doit régler. — La première question a déjà été traitée (§ 388); reste donc la seconde question, celle de savoir comment une loi nouvelle concernant l'état personnel agit sur les rapports de droit de cette espèce existant à l'époque de sa promulgation, et notamment si notre principe qui exclut la rétroactivité trouve ici son application.

Ce principe trouve rarement à s'appliquer à l'état de la personne en soi; car ce qui constitue cet état a ordinairement une nature tellement abstraite, qu'on ne saurait y voir des droits acquis; ce n'est que dans des circonstances spéciales et dès lors par exception qu'on peut lui attribuer ce caractère (§ 385, *d*, *e*, *f*). Ainsi donc dans ces cas seulement l'action de la loi nouvelle sur l'état de choses antérieur est modifiée par notre principe; dans tous les autres cas, la loi nouvelle reçoit une application immédiate et illimitée. Je passe à l'exposé des cas les plus importants de l'état de la personne en soi.

1) Voici les règles relatives à l'âge. Toute loi nouvelle qui prolonge ou qui abrége la minorité s'applique immédiatement à tous les mineurs du pays, de sorte qu'aucun d'eux ne peut prétendre avoir en vertu de l'ancienne loi un droit

acquis de devenir majeur à l'époque fixée par cette loi.

Cependant, il n'en est pas ainsi pour ceux qui, d'après l'ancienne loi, étaient devenus majeurs, lors même qu'ils devraient être encore mineurs d'après la loi nouvelle. En effet, pour ces personnes déterminées, la majorité et l'indépendance qui s'y rattache est un droit acquis par l'accomplissement du terme que fixait la loi ancienne. Les déclarer mineurs de nouveau et les remettre en tutelle serait un effet rétroactif contraire à notre principe, et si même la loi l'ordonnait expressément, devrait être regardé comme une exception (blâmable) au principe (*a*).

Le cas suivant, pris comme terme de comparaison, prouve la vérité de ce que j'avance. Quand un mineur est déclaré majeur, soit par le souverain du pays (d'après le droit romain), soit par un tribunal de tutelle (d'après le droit prussien), personne ne contestera que la majorité avec ses conséquences n'ait pour lui la nature d'un droit acquis. Supposons maintenant que bientôt après, et avant que cet individu ait atteint l'âge légal, la loi sur la majorité soit changée dans le pays, celui dont nous parlons n'en continuerait pas moins d'être majeur. Le bénéfice résultant, en

(*a*) On doit donc appliquer au cas d'une loi nouvelle la règle posée plus haut pour le cas du changement de domicile (§ 365, *p*, *q*.).

pareil cas, de la déclaration du souverain ou d'un tribunal, ne saurait être dénié à celui qui sous l'empire de l'ancienne loi a atteint l'âge de la majorité.

Les principes que je viens d'exposer ont été plus d'une fois confirmés par la législation prussienne.

La loi du 9 septembre 1814, qui introduit le code prussien dans les provinces au delà de l'Elbe, renferme (§ 14) le texte suivant (*b*) :

« Tous ceux qui avant le 1er janvier 1815 (*c*), « d'après les lois en vigueur dans le pays, n'a- « vaient pas encore atteint leur majorité, ne se- « ront majeurs qu'à l'âge de vingt-quatre ans « accomplis. »

Une disposition semblable se retrouve dans les autres lois transitoires des années suivantes (§ 383), comme aussi dans une loi de 1817 sur la majorité, spécialement rendue pour Erfurt et Wandersleben (*d*).

Un auteur qui a écrit sur le droit français soutient une opinion contraire à la mienne : il prétend qu'en pareil cas le majeur redevient mineur par l'effet de la loi nouvelle, et il cite des

(*b*) Gesetzsammlung, 1814, p. 93.

(*c*) Le 1er janvier 1815 était le jour où le code devait commencer à avoir force de loi.

(*d*) Gesetzsammlung, 1817, p. 201.

arrêts des cours de Nîmes et de Turin conformes à cette doctrine (*e*).

2) Les mêmes questions peuvent se présenter relativement au sexe, mais avec cette différence, qu'il ne peut être question, comme pour la majorité, d'un droit personnel acquis.

Lorsque, dans un pays où la tutelle du sexe était jusqu'alors inconnue, une loi nouvelle vient établir cette espèce de tutelle à quelque degré que ce soit (*f*), toutes les femmes du pays s'y trouvent immédiatement soumises. Il en est de même dans le cas inverse, où une loi nouvelle abolirait la tutelle du sexe (*g*).

Quand le *Sc. Vellejanum* est introduit dans un pays où les femmes avaient comme les hommes capacité pour se porter caution, cette restriction atteint immédiatement toutes les femmes qui voudraient souscrire un cautionnement. La réciproque est également vraie, si une loi nouvelle abolit le *Sc. Vellejanum* (*h*).

Dans tous ces cas on n'est nullement fondé à considérer la capacité d'agir plus étendue, comme un droit acquis aux femmes qui existent lors de la promulgation de la loi nouvelle, et d'en restreindre les effets à la prochaine génération.

(*e*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 324-326.
(*f*) Meier, p. 97, 98.
(*g*) Chabot, t. I, p. 29-36.
(*h*) Chabot, t. II, p. 350-353.

3) La question que je traite ici a été posée également au sujet de l'infamie (*i*).

Les cas les plus nombreux et les plus importants de cette espèce ne rentrent pas dans notre recherche, qui ne porte que sur le droit privé et exclut le droit pénal, je veux dire les cas où l'infamie nous apparaît comme une peine criminelle, soit seule, soit jointe à d'autres peines, ou même comme conséquence de ces peines.

La question pourrait se présenter pour différents cas de ce que l'on appelle *infamia immediata*, prononcée en droit romain contre ceux qui exercent certains métiers déshonnêtes (*k*). Si donc en pareils cas une loi nouvelle établit l'infamie, il n'est pas douteux qu'elle n'atteigne immédiatement tous ceux qui exercent ces métiers, et qu'ils ne sauraient prétendre avoir le droit acquis de les continuer pendant toute leur vie sans encourir d'infamie.

4) Enfin, la question peut encore se présenter pour les prodigues déclarés tels par les tribunaux, relativement aux incapacités qui résultent de cette déclaration, notamment celle d'administrer leurs biens.

(*i*) J'ai essayé d'établir, Vol. II, § 83, que l'infamie n'est pas reconnue par le droit commun actuel. Je la mentionne ici à propos des opinions différentes de la mienne, et à propos des législations nouvelles qui reconnaissent l'infamie.

(*k*) Voy. Vol. II, p. 184.

Tout ce que la loi nouvelle fait à cet égard, soit pour aggraver, soit pour améliorer la condition des prodigues, doit s'appliquer immédiatement; et ceux-ci ne sauraient prétendre que la continuation de l'état de choses antérieur soit pour eux un droit acquis (*l*).

§ CCCXC. A. *Acquisition des droits.* — *Applications.* — II. *Droit des choses.*

C'est au droit des choses que se fait l'application la plus pure et la plus complète de notre principe.

1) Propriété.

Si ce droit est transmis par simple contrat sous l'empire d'une loi qui admet ce mode de transmission, la propriété est irrévocablement acquise, lors même qu'une loi postérieure exigerait la tradition (*a*).

Réciproquement sous l'empire d'une loi qui exige la tradition, un simple contrat de vente, sans tradition, ne transmet pas la propriété lors même qu'une loi postérieure déclarerait le simple contrat suffisant. Il faut alors, pour transmettre

(*l*) Meier, p. 99-111, qui cite à l'appui de son opinion un arrêt de la cour de cassation de Paris. Chabot, t. II, p. 174-179, est sur ce point d'une autre opinion.

(*a*) C'est aussi ce que reconnaît Weber, p. 108; mais en cela il se montre inconséquent. Voy. § 385, *k*, § 387, *i*.

la propriété, ou un nouveau contrat, ou la tradition ajoutée au premier contrat (*b*).

2) Servitudes.

La règle que je viens d'exposer touchant la propriété s'applique absolument, quand de deux lois consécutives l'une se contente d'un simple contrat, et l'autre exige la tradition ou toute autre forme positive pour l'établissement des servitudes (*c*).

Il n'en est pas de même des servitudes légales. Quand elles n'existent pas et qu'une loi nouvelle les établit, notre principe n'a pas d'application; et la nouvelle loi une fois rendue, les restrictions qu'elle apporte à la propriété existent partout où se rencontrent les conditions de fait exigées par la loi (*d*). En voici le motif : Les lois de cette espèce ont moins pour objet l'acquisition d'un droit que la constitution (la manière d'être) de la propriété, c'est-à-dire les conditions et les limites apportées à sa reconnaissance. Or, le principe sur la non-rétroactivité des lois ne s'applique pas aux règles de cette nature (§ 384-399).

3) Droit de gage.

Quand, dans un pays où existe le droit de gage des Romains, une loi nouvelle établit pour un

(*b*) Weber, p. 108, 109.
(*c*) Chabot, t. II, p. 361.
(*d*) Chabot, t. II, p. 361; Struve, p. 267.

cas jusqu'alors inconnu un droit de gage tacite, afin de protéger certains actes juridiques, la loi nouvelle s'applique à tous les actes de cette espèce faits depuis sa promulgation, non à ceux faits antérieurement. C'est ce que reconnut Justinien, quand, pour protéger la dot, il créa un droit de gage tacite; car il dit expressément que toutes les dispositions de cette loi très-étendue (par conséquent aussi celle sur le droit de gage tacite) ne s'appliqueront qu'aux dots constituées à l'avenir (*e*).

Si une loi nouvelle met un droit de gage au rang des hypothèques privilégiées, le privilége n'existe que pour les hypothèques de cette espèce prises depuis la loi nouvelle (*f*). Mais alors elles priment les autres hypothèques antérieures à la loi, et les créanciers auxquels appartiennent ces dernières doivent, aussitôt l'apparition de la loi, prendre leurs précautions pour se garantir contre les effets de ces hypothèques privilégiées, constituées postérieurement (*g*).

L'ancien droit romain permettait de donner

(*e*) L. un. § 16, C., de rei ux. act. (V, 13); Bergmann, p. 126.

(*f*) L. 12, § 3, C., qui pot. (VIII, 18) (privilége de la dot). — L. 27, in f. C. de ping. (VIII, 14) (privilége de la *militia*).

(*g*) Ils peuvent faire valoir immédiatement leur droit de gage, c'est-à-dire à une époque où le danger d'un concours possible plus tard n'existe pas encore.

une chose en gage sous la condition que le créancier en aurait la propriété, si la dette n'était pas payée à son échéance (*h*). Plus tard cette convention fut prohibée (*i*). Selon notre principe, la prohibition aurait dû n'atteindre que les conventions de cette espèce faites postérieurement à la loi; mais son auteur, l'empereur Constantin, lui attribua par exception un effet rétroactif, et l'étendit ainsi aux conventions faites antérieurement. — D'après les motifs développés plus haut à propos d'une loi semblable sur les intérêts (§ 386), cette disposition transitoire, même dans les pays où le droit romain est en vigueur, n'a pour nous aucun intérêt pratique.

Les règles que je viens d'exposer touchant les lois nouvelles sur le droit de gage, ne sont plus applicables lorsque ces lois, au lieu d'avoir pour objet, comme celles dont je parlais tout à l'heure, des cas particuliers du droit de gage ou des priviléges, établissent un nouveau système pour le droit de gage lui-même. Cela arrive quand une loi nouvelle substitue au droit de gage des Romains la publicité des hypothèques, ou récipro-

(*h*) Vatic. framg., § 9 (de Papinien). Cette espèce de contrat s'appelle *lex commissoria*.

(*i*) L. 3, C., de pactis pign. (VIII, 35), c'est-à-dire L. un C., Th. de commiss. resc. (III, 2). Weber, p. 6, 51; Meier, p. 17. Ce dernier n'a pas saisi l'enchaînement des faits historiques.

quement. Comme la loi nouvelle ne porte pas sur une acquisition de droits pour des personnes déterminées, mais sur l'existence même des droits (sur l'institution de droit), il ne peut plus être question du principe qui exclut la rétroactivité; dans leur application aux cas particuliers les deux systèmes ne peuvent exister concurremment : la loi nouvelle doit donc recevoir une exécution immédiate et exclusive. Je montrerai plus bas (§ 400) comment doit s'opérer la transition de l'ancien au nouveau régime, pour ne compromettre aucuns droits.

4) Autres *jura in re*.

Le droit romain ne reconnaît à côté de la propriété qu'un petit nombre de droits réels rigoureusement déterminés, et ainsi donc il interdit la création arbitraire de nouveaux droits réels.

La législation prussienne suit en cette matière une marche toute nouvelle. Elle permet de transformer en un droit réel le droit d'user de la chose d'autrui, droit purement personnel en soi, dès que l'usager a été mis en possession de la chose (*k*). Ainsi, sous cette condition, tous les locataires et fermiers ont en Prusse un droit réel, qui en droit romain ne peut être qu'un droit d'usage personnel.

Si maintenant le droit prussien est substitué

(*k*) Koch, Preuszisches Recht, vol. I, § 223, 317.

dans un pays au droit romain, tous les locataires et fermiers conservent le droit personnel qu'ils avaient auparavant, et le droit réel n'est conféré pour l'avenir que par les nouveaux contrats de louage. — Dans les cas inverse, les locataires conservaient le droit réel acquis sous l'empire du droit prussien ; mais les nouveaux locataires n'auraient qu'un droit personnel, conformément au droit romain. — Ici donc encore l'époque où le rapport de droit a pris naissance décide absolument du droit à appliquer, et la loi nouvelle ne saurait avoir d'effet rétroactif.

On pourrait vouloir, par une fausse analogie, assimiler ce cas à celui mentionné plus haut, touchant le système hypothécaire du droit romain et du droit prussien. On considérerait alors le droit réel conféré aux fermiers et aux locataires comme une loi nouvelle sur l'existence des droits (l'institution de droit) : par conséquent, il ne pourrait plus être question du principe qui exclut la rétroactivité, et la loi nouvelle devrait embrasser tous les rapports de droit existant à l'époque de sa promulgation.

Mais ces deux cas ont en réalité une nature toute différente. Les deux systèmes hypothécaires ne peuvent exister concurremment, car, en cette matière, le cas le plus fréquent et le plus difficile se rapporte aux prétentions de plusieurs personnes à une même chose et dans le même

temps : il faut donc que leur rang soit exclusivement déterminé d'après l'un ou l'autre système. — Au contraire, rien n'empêche que les droits de plusieurs locataires soient soumis à des règles différentes, quand les contrats de louage ont été faits à des époques différentes et sous l'empire de différentes lois. C'est pourquoi la question du droit réel des locataires rentre dans l'espèce de règles qui ont pour objet l'acquisition des droits, et auxquelles s'applique le principe exclusif de la rétroactivité.

§ CCCXCI. A. *Acquisition des droits.* — *Applications.* — II. *Droit des choses* (Suite).

En commençant l'examen de diverses institutions appartenant au droit des choses, il en est plusieurs dont je n'ai fait qu'une mention sommaire, parce qu'elles présentent des difficultés et des complications spéciales, et par conséquent demandent à être réunies sous un même coup d'œil.

Telle est l'acquisition de la propriété et des servitudes par l'usucapion et la *longi temporis possessio* (ce que les Allemands comprennent sous le nom de *Ersitzung*); telle est l'extinction des servitudes par le *non usus* et la *libertatis usucapio*, ce qui, pour le propriétaire, équivaut à la délivrance de la servitude grevant son bien (§ 388). — Tous ces cas d'acquisition ont pour

caractère commun de ne pas résulter d'un acte simple et momentané, mais d'un certain état continué pendant un temps déterminé; état qui peut être une activité soutenue (possession, quasi-possession) ou une inaction permanente.

Ce caractère appartient également à d'autres institutions en dehors du droit des choses, notamment à la prescription des actions.

Elle aussi résulte d'une inaction continuée pendant un certain temps; et, comme les institutions dont je parlais tout à l'heure, elle mène à l'acquisition d'un droit, je veux dire une exception, servant à repousser un droit d'action qui jusque-là existait pour quelqu'un.

La reconnaissance de cette liaison intime a conduit anciennement à faire de toutes ces institutions une seule et même espèce, que l'on désigne sous le nom commun de prescription. J'ai déjà critiqué ce point de vue (*a*) qui a fait confondre des idées distinctes; mais la liaison intime de ces institutions n'en est pas moins réelle, et c'est précisément en ce qui touche l'effet rétroactif, qu'elle se montre avec le plus d'évidence. Nous allons donc réunir ici toutes ces institutions, parmi lesquelles figurent au premier rang et comme types de toutes les autres l'usucapion et la prescription des actions.

(*a*) Voy. Vol. IV, § 177; Vol. V, § 237.

Si maintenant une loi nouvelle vient à modifier en un point quelconque le droit de l'usucapion ou de la prescription des actions, les cas suivants peuvent se présenter.

La loi nouvelle peut paraître avant le commencement de l'usucapion. Évidemment alors la loi nouvelle doit régler l'usucapion, et il ne saurait être question de l'ancienne loi. — La loi nouvelle peut paraître après l'accomplissement de l'usucapion. Évidemment encore la loi nouvelle n'est pas applicable ; et le droit acquis conformément à l'ancienne loi doit être maintenu dans son intégrité. — Enfin, la loi nouvelle peut paraître pendant le cours de l'usucapion, c'est-à-dire après son commencement et avant son accomplissement. Ce sont là les cas douteux pour lesquels il s'agit de poser des règles.

Pendant le cours de l'usucapion il n'y a pas de droit acquis, il n'y a qu'une acquisition préparée. C'est pourquoi la loi nouvelle doit agir immédiatement sur cet état de choses incomplet. Sans doute il y avait l'expectative d'une acquisition plus ou moins éloignée; mais en général les simples expectatives ne sont pas protégées par le principe qui exclut l'effet rétroactif (*b*).

(*b*) Voy. § 385. — Weber, p. 147-158, est tout à fait de mon opinion. Bergmann, p. 34-36, est d'accord avec moi quant à la nature de la chose; mais, p. 163, il soutient le contraire en droit romain, c'est-à-dire la continuité des effets de

— Examinons maintenant les différents cas que peut présenter une loi nouvelle de cette espèce.

1) L'usucapion ou la prescription des actions est abolie en général, ou pour certaines applications déterminées. — La loi embrasse immédiatement tous les cas d'usucapion commencée, de sorte que toute acquisition devient impossible à ce titre.

2) Par un changement inverse, on établit une usucapion ou une prescription d'action jusqu'alors inconnue. L'institution nouvelle s'applique aussitôt à tous les rapports de droit en suspens, mais de telle sorte que le délai se compte à partir de la promulgation de la loi. Celui qui possédait la chose d'autrui dans les conditions fixées par la loi nouvelle en commence l'usucapion, comme si sa possession eût commencé le jour où la loi a été rendue; la possession antérieure ne compte pas. — Tous les rapports de droit antérieurs à la loi nouvelle deviennent immédiatement soumis à la prescription; mais, comme s'ils eussent pris naissance à la date de la loi, tout le temps écoulé jusqu'alors ne compte pas.

Le droit romain nous offre un exemple remarquable de ce dernier genre. Pendant long-

l'ancienne loi, parce que, suivant lui, le droit romain protége les simples expectatives (Voy. § 387, *h*). — En réalité, nous retrouvons ici le même principe qui a été appliqué plus haut (§ 367, *k*) à la collision locale des lois sur l'usucapion.

temps la plupart des actions et les plus importantes ne se prescrivaient pas ; elles étaient des *perpetuæ actiones* dans le sens rigoureux du mot. L'empereur Théodose II soumit toutes ces actions à une prescription qui, dans la règle, était de trente ans. D'après le principe que je viens d'établir, tous les droits d'action ouverts avant la loi n'aurait dû s'éteindre qu'après trente ans. Mais l'empereur, donnant à sa loi une rétroactivité partielle, décida que le temps antérieur serait supputé, mais de telle sorte que le titulaire du droit n'aurait jamais moins de dix ans pour exercer son action (*c*). Quand Justinien inséra cette loi dans son code, il omit naturellement cette disposition transitoire (*d*), qui depuis environ un siècle avait perdu de soi-même son efficacité.

3) Si une espèce d'interruption est abolie, ou réciproquement si une nouvelle espèce d'interruption est établie, l'une ou l'autre disposition s'applique immédiatement à toutes les usucapions commencées.

(*c*) L. un. § 5, C. Th., de act. certo temp. (IV, 14). Il n'y avait pas ici de besoin pressant pour s'écarter des principes. Pour justifier la loi, on peut dire que parmi les motifs de la prescription figure la présomption du payement (Voy. Vol. V, § 237). Or, cette présomption existe aussi pour le temps antérieur à la loi sur la prescription, pendant lequel l'action n'a pas été exercée.

(*d*) L. 3, C., de præscr., XXX (VII, 39).

4) La loi nouvelle qui prolonge le délai s'applique immédiatement à toute usucapion ou à toute prescription d'action commencée (*e*).

5) Quand la loi nouvelle abrége le délai, la question est plus difficile et aussi plus importante pour la pratique. En principe, celui qui acquiert le droit doit être libre de se soumettre à la loi ancienne ou à la loi nouvelle : dans ce dernier cas, le délai commence à courir depuis la promulgation de la loi nouvelle, et le temps écoulé jusque là n'est pas compté. Cette faculté de choisir est justifiée : dans le premier cas, parce que la loi nouvelle n'a certainement pas voulu créer à l'adversaire une position plus favorable que ne faisait l'ancienne loi ; dans le second, parce qu'il ne doit pas être traité moins favorablement que celui qui commence une usucapion ou une prescription d'action. Il y aurait ; au contraire, rétroactivité injuste, si on lui permettait de profiter du nouveau délai en y com-

(*e*) En 528, Justinien acccorda un privilége aux églises ; il ordonna que leurs actions ne se prescriraient que par cent ans. L. 23, C., de SS. eccl. (I, 2), Voy. Vol. V, p. 378. A la fin de cette loi on lit ces mots un peu obscurs : « Hæc autem omnia observari sancimus in iis casibus, qui postea fuerint nati, vel jam in judicium deducti sunt. » Si l'on prend ces mots à la lettre, ils s'appliquent aussi aux actions dont l'ancienne prescription (de trente ans) était écoulée avant qu'elles ne fussent intentées. C'est là un effet rétroactif que rien ne justifie. Cf. Weber, p. 7.

prenant le temps déjà écoulé; car l'adversaire n'aurait pas pour agir tout le délai accordé, soit par la loi ancienne, soit par la loi nouvelle : il pourrait même arriver que, contre toute raison, l'action se trouverait prescrite à l'instant même où la loi serait rendue (*l*).

Les principes que je viens d'exposer sont pleinement confirmés par la législation prussienne. En effet, la loi qui promulgue le code contient (§ 17) les trois dispositions suivantes. Les prescriptions déjà accomplies se règlent d'après les lois anciennes, les prescriptions commencées se règlent d'après le code, sauf une restriction ainsi conçue :

« Si néanmoins, pour l'accomplissement d'une prescription commencée avant le 1er juin 1794, le nouveau code fixait un délai plus court que les anciennes lois, *celui qui voudrait exciper de ce délai plus court* ne pourrait le compter qu'à partir du 1er juin 1794. »

(*f*) Ainsi, par exemple, quand une action était soumise à une prescription de trente ans, dont dix ans étaient déjà écoulés, et qu'une loi nouvelle établit pour cette espèce d'action une prescription de trois ans. — Bergmann, p. 36, prétend, suivant la nature de la chose, établir une règle de proportion : ainsi dans l'exemple cité plus haut, le tiers de l'ancienne prescription étant accompli, il faudrait regarder comme accompli le tiers de la nouvelle prescription de trois ans, qui aurait encore deux ans à courir. Cette complication n'est certainement pas conforme au droit actuel, et elle ne se recommande pas comme mesure à adopter.

Digitized by Google

Les lois transitoires postérieures (§ 383) reproduisent textuellement la même disposition. Ainsi se trouve reconnue la faculté de choisir, dont je parlais plus haut; mais elle est exprimée plus clairement encore dans une loi du 31 mars 1838, qui établit des prescriptions de deux et de quatre ans pour diverses actions ne se prescrivant jusqu'alors que par trente ans (*g*).

§ 7. « Relativement aux créances déjà exigibles lors de la publication de cette loi, les délais plus courts, fixés par les §§ 1 et 2, ne peuvent se compter qu'à partir du 31 décembre 1838. »

« Si, pour accomplir une prescription commencée, il fallait, d'après les lois anciennes, un délai plus court que celui fixé par la présente loi, *ce délai plus court serait observé*. »

Le code français décide que les prescriptions commencées à l'époque de sa publication seront réglées d'après les anciennes (*h*); néanmoins les prescriptions pour lesquelles il faudrait encore, suivant les anciennes lois, plus de trente ans à partir de la même époque, seront accomplies par ce laps de trente ans. — Cette règle n'est pas conforme aux principes développés plus haut; elle renferme précisément le contraire de l'effet

(*g*) Gesetzsammlung, 1838, p. 249-251.

(*h*) Code civil, art. 2281. « Les prescriptions commencées à l'époque de la publication du présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes. »

rétroactif, puisqu'elle donne à la loi nouvelle moins d'efficacité que les principes ne lui en accordent, et cela dans le but évident de protéger de simples expectatives. D'ailleurs il n'y a là ni dureté ni injustice.

La loi qui promulgue le code autrichien décide, comme le code français, que les prescriptions commencées seront réglées suivant les anciennes lois. Mais, dans les cas où le code établit une prescription plus courte que les anciennes lois, elle admet (ce qui ne paraît pas très-conséquent) la faculté de choisir, comme le fait la loi prussienne.

§ CCCXCII. A. *Acquisition des droits.* — *Applications.* — III. *Droit des obligations.*

Notre principe s'applique aussi généralement au droit des obligations qu'au droit des choses; mais c'est surtout aux contrats que ses applications sont le plus fréquentes.

Ainsi le droit d'un contrat se règle toujours d'après la loi en vigueur à l'époque où le contrat a été fait.

Cette règle s'applique à la capacité personnelle d'agir et à la forme du contrat (§ 388). Elle s'applique également aux conditions de la validité du contrat, au mode et au degré de son efficacité, enfin à toutes les actions et à toutes les

exceptions dont on peut se servir pour faire prononcer la résolution ou la nullité du contrat.

De l'existence du contrat résulte pour les deux parties le droit de réclamer l'observation des règles relatives à ces diverses questions, indépendamment de tout changement possible dans la législation. Cela constitue un droit acquis ; et, d'après notre principe, il doit être maintenu en présence de toute loi nouvelle.

Cela s'applique également aux contrats dont l'effet est suspendu par un délai ou subordonné à une condition (§ 385, *h*), et sans distinction entre les règles du droit absolues et supplétives (*a*) ; c'est donc à tort que souvent l'on a prétendu que des lois nouvelles prohibitives pouvaient changer la nature des contrats faits antérieurement (*b*).

La règle que je viens de poser a été reconnue, à différentes époques, dans les lois transitoires de la Prusse (*c*). Un des meilleurs auteurs qui aient

(*a*) Voy. Vol. I, § 16.

(*b*) Tel est aussi l'avis de Bergmann, II, § 30.

(*c*) Einführungspatent des A. L. R., § XI. « Tous les contrats faits avant le 1er juillet 1794 doivent, pour leur forme et pour leur contenu, comme aussi pour leurs conséquences juridiques, être jugés d'après les lois en vigueur à la date de ces contrats, lors même que plus tard on intenterait une action relative à leur accomplissement, à leur extinction, ou aux dommages-intérêts qui s'y rattachent. » Les mêmes dispositions se retrouvent dans les lois transitoires de 1803,

écrit sur le droit français (*d*), l'a aussi parfaitement établie, et il en a montré les diverses applications.

Cette règle est la conséquence logique et nécessaire de notre principe général. Mais, envisagée au point de vue purement pratique, elle n'est ni moins vraie ni moins importante; car elle seule peut donner une confiance absolue en l'efficacité des contrats, confiance indispensable pour la sûreté des transactions civiles. L'étendue et l'importance de ses effets se montrent surtout quand il s'agit de ces contrats qui se rattachent à des droits réels, et sont destinés à agir sur plusieurs générations (*e*).

Il me reste maintenant à parler de certaines lois qui contredisent notre règle, et des auteurs qui l'ont attaquée.

Notre règle est contredite par la loi de Justinien mentionnée plus haut (§ 386, *f*, *g*) sur les intérêts prohibés; loi qui s'applique aux stipulations d'intérêts faites antérieurement, mais cependant ne règle que les intérêts à échoir. Un auteur moderne a voulu ériger cette prescription

§ 5; 1814, § 5, et dans les lois transitoires postérieures (§ 383).

(*d*) Chabot, t. I, p. 128-139.

(*e*) Götze, Altmärkisches Provinzialrecht, vol. I, p. 11-13, a très-bien signalé la nature particulière de ces cas. Nous envisagerons cette espèce de rapports de droit quand nous parlerons des règles qui ont pour objet l'existence des droits (§ 399).

en règle générale (§ 387, *f*), tandis que d'autres n'y voient avec raison qu'une exception isolée, une déviation du principe (*f*). — Chose singulière, les lois transitoires rendues en Prusse depuis 1814 ont admis une disposition semblable (*g*), sans s'apercevoir qu'elle est en contradiction directe avec le principe qui soumet les conséquences des contrats à la loi en vigueur à l'époque où ils ont été faits (note *c*). Cependant, ces lois n'avaient guère de motifs pour s'écarter du vrai principe expressément reconnu par elles; car, en matière d'intérêts, l'application aux contrats antérieurs n'a qu'une importance bien secondaire (§ 385, *a*).

Deux auteurs modernes ont dirigé contre la généralité de notre règle une attaque beaucoup plus grave. Cette attaque ne porte pas sur la règle en soi, mais sur son application à l'annulation des contrats, en tant qu'elle ne résulte pas de circonstances existant lors de la confection de l'acte, mais de faits postérieurs, par exemple l'action en nullité qu'intente plus tard une des parties (*h*). Weber n'a pas formulé cette idée comme règle générale; mais il en a fait l'applica-

(*f*) Bergmann, § 30.

(*g*) Lois pour les provinces au delà de l'Elbe, 1814, § 13, comme aussi dans les lois transitoires postérieures (§ 383).

(*h*) C'est à de semblables cas que les lois prussiennes reconnaissent expressément notre règle comme applicable (note *c*).

tion à un certain nombre de cas particuliers fort importants (*i*). Bientôt après, Meyer l'a ramenée à un principe abstrait, qu'il cherche à justifier de la manière suivante (*k*).

Les contrats ont, dit-il, deux espèces de conséquences qu'il importe de distinguer : les unes nécessaires et immédiates, qui échappent à la rétroactivité de la loi ; — les autres accidentelles ou éloignées, qu'une loi nouvelle peut régler pour les contrats antérieurs. — A la première classe appartiennent les conséquences que les parties ont prévues ou *pouvaient* prévoir, et que dès lors elles ont admises tacitement dans leur contrat (*l*). A la seconde classe appartiennent les conséquences résultant de faits ultérieurs ; telles sont les actions en nullité fondées sur la *læsio enormis*, la fraude, la violence, l'erreur, la minorité, comme aussi la révocation des donations pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfants (*m*). — Toute cette distinction est absolument inadmissible ; car d'abord, parmi les cas de la première classe, il n'y en a aucun que les par-

(*i*) Je parlerai de ces cas lorsque je m'occuperai des applications particulières.

(*k*) Meyer, p. 36-40, 153-155, 174-210. Il ne s'appuie pas de l'autorité de Weber; mais comme il connaît son ouvrage (préface, p. XI), nous ne saurions douter qu'il ne s'en soit aidé, et qu'il ne l'ait pris pour guide.

(*l*) Meyer, p. 38, 39, 180 187-191.

(*m*) Meyer, p. 175-178.

ties n'aient *pu* prévoir comme conséquence du contrat. Ensuite, pour ajouter à la confusion des idées, Meyer fait intervenir ici la distinction du *ipso jure* et *per exceptionem* (*n*), qui certainement ne doit avoir aucune influence sur la question. L'examen des différents cas mentionnés ici mettra en évidence la fausseté de cette doctrine.

Pour faire prononcer la nullité d'une obligation, on peut recourir aux moyens de droit suivants : une action spéciale, la restitution, une exception contre l'action de l'autre partie. C'est dans cet ordre que je vais passer en revue les divers cas, qui tous, suivant moi, doivent se juger d'après la loi en vigueur à l'époque où a été fait le contrat.

1) Rescision d'une vente pour cause de lésion de plus de moitié. Elle se juge d'après la loi en vigueur à l'époque de la vente (*o*). Cela est contesté, parce que la rescision de la vente ne s'opère pas *ipso jure*, mais en vertu de l'action exercée postérieurement, et dont la date doit déterminer la loi applicable (*p*); ou, comme s'exprime un autre auteur, parce que les parties n'ont pas prévu ce résultat (*q*).

Cette manière d'envisager la chose est en con-

(*n*) Meyer, p. 178, 179.
(*o*) Chabot, t. II, p. 286-289.
(*p*) Weber, p. 114-117.
(*q*) Meyer, p. 37-38, 154, 175-176, 209-210.

tradition avec le véritable sens de la règle qu'il s'agit ici d'appliquer. Cette règle suppose un vendeur qui, dans un pressant besoin d'argent, est forcé de vendre sa chose au-dessous de la moitié de sa valeur, parce que le seul acheteur qui se présente abuse de sa détresse. Une règle de droit positive doit réprimer cette iniquité. Le cas est donc tout à fait semblable à celui de l'usure, où le prêteur abuse égoïstement des besoins de l'emprunteur. Nos adversaires, pour être conséquents, devraient admettre qu'un prêt au taux de vingt pour cent et non remboursable pendant dix ans, fait sous l'empire du droit romain, doit être maintenu, si, bientôt après, une loi nouvelle abolit toute restriction du taux de l'intérêt. — Meyer ne prétendra pas non plus que, dans le cas de la vente, les parties n'ont *pu* penser à la rescision, qu'elle était en dehors de toutes les probabilités, et qu'elle résulte de circonstances tout à fait nouvelles, tout à fait imprévues, comme il semble se l'imaginer.

Réciproquement on ne doit prendre en considération que l'époque où a été fait le contrat, quand la loi alors en vigueur défendait la rescision, et qu'une loi postérieure l'autorise. Cette remarque s'applique à tous les cas suivants.

2) La règle : La vente rompt le louage (*r*), se

(*r*) Ce cas diffère des précédents en ce que le contrat n'est

juge selon la loi établie à l'époque où est intervenu le contrat de louage; car, d'après les termes du rapport de droit fixé alors irrévocablement, le locataire à dû se soumettre aux conséquences d'une aliénation éventuelle. Une loi postérieure qui abolit cette règle ne peut rien changer à cela, et peu importe que cette loi se borne à abolir la règle, ou attribue en général un droit réel au locataire (§ 390, Num. 4).

On ne doit pas avoir égard au temps postérieur de la vente, bien moins encore à celui où l'acheteur exerce son action contre le locataire. Comme dans le cas précédent, Weber prétend qu'il faut se régler d'après la loi en vigueur à cette dernière époque, parce que le contrat de louage n'est pas nul en soi, mais n'est annulé que par l'action de l'acheteur (*s*).

3) Révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfants. L'époque décisive est celle de la donation, non l'époque de l'événement postérieur, et bien moins encore celle ou l'action est exercée (*t*).

ni attaqué ni annulé; son efficacité se montre dans l'action en dommages-intérêts réservée au locataire contre le locateur. La question est uniquement de savoir si un tiers (l'acheteur) doit ou ne doit pas reconnaître le contrat de louage.

(*s*) Weber, p. 117-121.

(*t*) Chabot, t. I, p. 174-200; t. II, p. 168, 194.

Des auteurs ont soutenu le contraire, parce que la donation n'est pas nulle en soi, mais n'est annulée que par la demande en révocation (*u*) ; parce que les parties n'ont pas pensé à ce résultat ; car alors la donation n'aurait pas eu lieu (*v*). — Sans doute l'ingratitude n'était pas prévue lors de la donation ; on pourrait même compter que le donataire serait détourné de l'ingratitude par la loi qui autorise la révocation de libéralité. Les circonstances permettent donc de supposer que le donataire a pensé ou a pu penser à cette loi.

4 Restitution contre un contrat. L'époque décisive est celle du contrat, et non pas de la demande en restitution (*w*). On soutient le contraire parce que le contrat est valable en soi, et n'est annulé que plus tard par l'intervention des tribunaux (*x*). D'autres s'éloignent encore plus de la vérité en se fondant sur la nature de la restitution, qui, suivant eux, est une grâce accordée par le souverain (*y*). Mais, d'après les principes du droit Justinien, celui qui réclame la restitution y a réellement un droit acquis, différant peu, par

(*u*) Weber, p. 107.
(*v*) Meyer, p. 175, 177.
(*w*) Struve, p. 266.
(*x*) Weber, p. 113, 114.
(*y*) Meyer, p. 184. Voy. en outre, sur ce point, Vol. VII, § 317.

la forme, de celui à une action ou à une exception (*z*).

5) L'*exceptio doli* ou *metus* se juge d'après l'époque du contrat, bien que le contrat soit annulé non *ipso jure*, mais *per exceptionem* (*aa*).

6) *Exceptio Sc. Vellejani.* D'après l'époque où a été fournie la caution (*bb*).

7) *Exceptio Sc. Macedoniani.* De même (*cc*).

8) *Exceptio non numeratæ pecuniæ.* De même.

9) D'après une loi de l'empereur Frédéric I (Auth. *Sacramenta puberum*), qui a été incorporée aux recueils de Justinien, les principaux vices d'un contrat peuvent être couverts si le débiteur a confirmé le contrat par serment (*dd*). La question de savoir si cette loi est applicable se

(*z*) Voy. Vol. VII, p. 117, 118, 123.

(*aa*) Meyer, p. 154, 170, 183, ne s'explique pas clairement sur le *dolus*, et il ne sait si l'on doit ranger le moyen de nullité résultant du dol parmi les conséquences nécessaires ou parmi les conséquences accidentelles du contrat. Relativement à la restitution spéciale pour cause de dol, voy. Vol. VII, § 332.

(*bb*) Chabot, t. I, p. 352. — Voy. plus haut, § 388. — Ici Meyer, p. 196-198, essaye d'établir l'opinion contraire sur divers motifs, dont la plupart se détruisent d'eux-mêmes.

(*cc*) Meyer, p. 194, est ici du même avis que moi, parce qu'un pareil contrat est contraire aux bonnes mœurs, et parce que la renonciation du débiteur n'a pas alors d'efficacité. J'observe en passant que Meyer confond le *filiusfamilias* avec le *minor*.

(*dd*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, Vol. IV, p. 47.

juge d'après l'époque où le serment a été prêté. Weber prétend à tort que ce contrat étant nul en soi, et n'étant validé que par l'intervention du juge (*officio judicis*), l'époque de cette intervention est seule décisive (*ee*). Mais ici évidemment, comme pour tout autre rapport de droit, les droits des parties sont d'avance invariablement fixés, et ici comme ailleurs la mission du juge se borne à les reconnaître et à les protéger.

Il ne nous reste plus à traiter que quelques questions placées en dehors des grandes divergences d'opinions qui viennent de nous occuper.

Ce sont d'abord les obligations résultant des délits. On reconnaît généralement qu'elles se jugent d'après la loi en vigueur à l'époque où a été commis le délit (*ff*). On pourrait placer ici les droits fondés sur la cohabitation hors mariage; mais ce sujet sera traité ailleurs (§ 399) plus convenablement.

Viennent ensuite les lois sur la faillite. Je puis ici abréger en renvoyant à la recherche entreprise au sujet du droit local (§ 374). En matière de faillite il ne s'agit pas des droits eux-mêmes,

(*ee*) Weber, p. 109-113.

(*ff*) Ce principe est reconnu par le droit prussien, A. L. R. Einleitung, § 19.

mais de l'exécution sur une masse de biens existant à une époque déterminée; pour cette exécution, il faut régler le rang des divers créanciers. Quelle est la loi applicable à ce règlement? Ici il faut distinguer les créanciers hypothécaires des autres créanciers.

Aux créanciers hypothécaires on applique la loi en vigueur à l'époque où leur droit réel a pris naissance (§ 390); aux autres créanciers on applique la loi en vigueur à l'époque de l'ouverture de la faillite (*gg*). — Cette règle est confirmée par les prescriptions suivantes du droit romain. Les créanciers sont satisfaits *pro rata*, quelle que soit l'époque de l'origine de leur créance. En effet, ce sont tous des créanciers hypothécaires dont l'hypothèque résulte de la *missio in possessionem*, qui se rattache à l'ouverture de la faillite. — De même les créanciers de la quatrième classe ont des hypothèques privilégiées; mais leur hypothèque, comme le rang de leur privilége, a la même date que la *missio in possessionem*, et en est le résultat. Auparavant ils avaient la simple expectative de ce mode d'exécution qui les favorise (comme d'un acte de procédure).

(*gg*) Cela est reconnu par les lois transitoires prussiennes (§ 383), par la loi de 1814, pour les provinces au delà de l'Elbe, § 15, et reproduit dans les autres lois transitoires. — Weber, p. 167-178, est ici d'accord avec moi.

§ CCCXCIII. A. *Acquisition des droits.* IV. *Applications. — Droit de succession.*

Nous avons à déterminer les règles établies pour la succession testamentaire, pour la succession *ab intestat*, et pour les contrats successifs.

I) Testament. Ce cas est le plus difficile et le plus controversé de tous ceux dont nous avons à nous occuper dans le cours de cette recherche.

Tâchons d'abord, pour donner une base solide à notre recherche, de déterminer la nature juridique du testament.

Le sort d'une succession se règle d'après la dernière volonté du défunt (*suprema*, *ultima voluntas*), qui doit être exprimée dans de certaines formes. Par là il faut entendre la volonté existant au moment de la mort; car toute volonté antérieure peut être changée. Or, il est impossible en soi de tester au moment précis de la mort; et, vu l'incertitude de ce moment, il est souvent nécessaire et convenable d'exprimer la volonté qui doit valoir comme volonté dernière, à une époque antérieure quelquefois très-éloignée. C'est pourquoi tout testateur doit être considéré comme agissant à deux époques différentes, celle où il teste, et celle où il meurt en maintenant son testament. A la première époque on peut dire

que le testateur agit en fait ; à la seconde, qu'il agit en droit. Le produit du second acte peut et doit seul opérer; car le premier reste dans l'intervalle, ordinairement inconnu, toujours inefficace, et toujours révocable au gré du testateur.

Déjà ces considérations doivent nous conduire à juger l'activité de fait, c'est-à-dire la forme du testament, d'après la loi en vigueur à l'époque de sa confection, et l'activité de droit, c'est-à-dire le contenu du testament, d'après la loi en vigueur à l'époque de la mort (*a*). — Nous pouvons ici signaler dès à présent deux opinions contraires. L'une veut juger aussi le contenu du testament d'après l'époque de sa confection ; car le testament ne mérite protection que si le testateur a conformé sa volonté à la loi qu'il connaît (celle en vigueur); et ici l'on a surtout en vue les lois prohibitives. L'autre opinion va encore plus loin ; car elle veut que le testament soit conforme à la loi en vigueur, non-seulement à l'époque de sa confection, mais aussi à l'époque de la mort. A ces deux opinions on peut objecter qu'un testament susceptible d'exécution, celui d'un défunt, est le seul dont le législateur ait à s'occuper, car ce qui est écrit dans le testament d'un individu vivant n'a pour lui aucun sens. On verra plus

(*a*) Je ne m'explique pas ici sur la capacité personnelle tant du testateur que de l'héritier et du légataire ; j'en parlerai plus bas.

bas comment des règles de droit romain mal comprises ont donné naissance à ces deux opinions.

D'après ce qui précède on voit que, pour les testaments, la question à résoudre a beaucoup d'analogie, non une entière similitude, avec celle traitée plus haut (§ 391), touchant l'usucapion et la prescription des actions. L'usucapion résultait d'un état de choses continué sans interruption pendant un temps déterminé. Le testament résulte de deux actes faits à des époques différentes. L'usucapion et le testament ont donc pour caractère commun que le fait d'où dépend l'acquisition d'un droit n'a point une nature simple et passagère, comme la plupart des actes juridiques, le contrat, la tradition, etc. Voici donc une distinction importante, également applicable à ces deux cas. La loi nouvelle, dont l'exécution est mise en question, peut avoir été rendue : 1° avant le commencement d'une usucapion ou avant la confection d'un testament; 2° après l'usucapion accomplie ou après la mort du testateur; 3° dans l'intervalle qui s'écoule entre le commencement et la fin de l'usucapion, ou bien entre la rédaction du testament et la mort du testateur. — Évidemment la loi nouvelle est applicable dans le premier cas, et elle ne l'est pas dans le second; notre recherche se trouve donc bornée au troisième cas, de même qu'on

l'a vu plus haut pour l'usucapion (§ 391).

Pendant que nous cherchons les règles à suivre pour le cas d'une loi nouvelle rendue depuis la confection d'un testament, mais avant la mort du testateur, nous ne devons pas perdre de vue une double relation de ces règles, premièrement avec celles exposées plus haut sur les collisions du droit local (§ 377); secondement, ce qui est plus important et plus difficile, avec les règles relatives aux changements qui peuvent survenir entre la confection du testament et la mort, non dans la législation, mais dans les rapports de fait. Les changements de la première espèce rentrent seuls directement dans notre sujet. Néanmoins nous avons plusieurs motifs pour ne pas négliger les changements de la seconde espèce, et même pour les soumettre à un examen approfondi et détaillé. Ces motifs sont, d'abord la liaison intime qui existe entre ces deux espèces de changements, qui sont en grande partie régies par les mêmes règles; ensuite la marche suivie par la pluplart des auteurs modernes, dont il faut surtout attribuer les erreurs à la confusion de ces deux espèces de changements, et à l'intelligence des règles du droit romain sur les changements de fait.

J'abandonne donc un instant l'objet direct de notre recherche, qui est l'application des lois nouvelles, pour traiter une autre question : Quelles

sont les prescriptions du droit romain quand, pendant l'intervalle qui s'écoule entre la confection du testament et la mort, survient dans les rapports de fait un changement susceptible d'influer sur la validité du testament? Entre cette question et celle de l'application des lois nouvelles, il y a, je le répète, analogie, mais non identité; les règles qui décident l'une ne doivent donc être étendues à l'autre qu'avec beaucoup de circonspection.

Ces changements peuvent avoir pour objets : la capacité personnelle du testateur en ce qui touche ses rapports de droit et ses qualifications physiques; le contenu du testament; la capacité personnelle de l'appelé (héritier ou légataire).

1) Capacité personnelle du testateur en ce qui touche ses rapports de droit. Cette capacité est subordonnée à deux conditions différentes, mais régies par les mêmes lois.

A) Le testateur doit avoir la *testamentifactio*. Les jurisconsultes romains eux-mêmes donnent à ce mot une double signification. Dans son acception purement littérale il désigne la confection d'un testament. Ailleurs il désigne la capacité de tester, sans distinction des conditions auxquelles elle est soumise; dans ce sens, l'enfant et l'aliéné n'ont pas la *testamentifactio*. Mais dans son acception rigoureuse et technique, surtout chez Ulpien, ce mot désigne la possession de l'État,

qui, en droit romain, confère la capacité de la mancipation, comme base fondamentale du testament romain. Alors *testamentifactio* est synonyme de *commercium;* elle appartient à tous les *cives* et *Latini*, elle manque à tous les *peregrini* (*b*).

B) Le testateur doit être capable de posséder des biens, et de les transmettre ainsi relativement à une succession future ; il ne doit pas être juridiquement et nécessairement sans aucuns biens. Sous ce point de vue, le *filiusfamilias* est incapable, quoiqu'il ait la *testamentifactio*, et que par conséquent il puisse figurer comme témoin d'un testament (*c*). Le *latinus Junianus* est incapable au même titre, tout en ayant la *testamentifactio* et le droit d'être témoin d'un testament. La *lex Junia* lui interdit de faire un testament pour son compte; car elle ordonne qu'au moment de sa mort ses biens soient dévolus au patron, non comme héritage, mais comme si le défunt eût été toute sa vie esclave, et dès lors incapable de posséder (*d*).

Ces deux conditions de la capacité de tester sont également nécessaires aux deux époques, celle du testament et celle de la mort, c'est-à-

(*b*) Ulpian., XX, § 2, rapproché de XIX, § 4-5.
(*c*) Ulpian., XX, § 2, 4, 5, 6, 10.
(*d*) Ulpian., XX, § 8, 14.

dire qu'elles s'appliquent également à l'activité de fait et à l'activité de droit. Ainsi donc celui qui est juridiquement incapable ne peut ni *faire* ni *laisser* de testament. — Seulement un changement survenu dans l'intervalle ne nuit pas, car en pareil cas le préteur maintient le testament (*e*).

Deux exemples mettront ces règles dans tout leur jour. Le testament est nul si le testateur n'avait pas le droit de cité à l'époque du testament et à celle de sa mort; il est valable si dans l'intervalle le testateur a perdu momentanément le droit de cité. — Le testament est nul si le testateur était *filiusfamilias* à l'époque du testament ou à celle de sa mort; il est valable si, dans l'intervalle, le testateur a été adrogé et ensuite émancipé.

D'après cela on voit que les romains, en exigeant la capacité du testateur à deux époques, regardaient cette nécessité comme fondée sur la nature même des choses; mais sa continuation pendant tout l'intervalle, quoique conforme à une théorie rigoureuse, n'était pas réclamée par les besoins de la pratique : aussi ne l'exigeaient-ils pas.

2) Capacité personnelle du testateur relativement à ses qualifications physiques.

(*e*) Gajus, II, § 147; Ulpian XXIII, § 6; L. 1, § 8, de B. P. sec. tab. (XXXVII, 11); L. 6, § 12, de injusto (XXVIII, 3).

Cette seconde capacité a une nature toute différente de la première : elle se rattache exclusivement au fait du testament. Aussi n'est-elle nécessaire qu'à l'époque de sa rédaction. Tout changement postérieur est absolument sans influence ; il ne valide pas le testament si la capacité n'existait pas à cette époque ; il ne l'annule pas si cette capacité existait.

Les motifs d'incapacité sont ici, l'impuberté, l'aliénation mentale, et en outre, d'après l'ancien droit romain, le mutisme et la surdité. Si donc un impubère ou un aliéné fait un testament, ce testament est et demeure nul, quand même son auteur deviendrait plus tard pubère ou sain d'esprit. De même le testament fait par un homme sain d'esprit reste valable, quand même son auteur serait par la suite frappé d'aliénation mentale, et mourrait dans cet état (*l*).

3) Le contenu du testament est exclusivement juridique. C'est pourquoi l'on n'a pas égard aux rapports existant à l'époque de sa rédaction, bien que le testateur les eût directement sous les yeux, mais seulement aux rapports qui existent à l'époque de la mort.

Cela était évident pour les rapports de faits

(*l*) § 1, J. quibus non est perm. (II, 12); L. 2; L. 6, § 1; L. 20, § 4, qui test. (XXVIII, 1); L. 8, § 3, de j. cod. (XXIX, 7); L. 1, § 8, 9, de B. P. sec. tab. (XXXVII, 11).

qui ont une nature toute matérielle. La quotité de la légitime dépend de la quotité des biens ; pour la régler on prend les biens existant à la date de la mort, non à celle du testament (*g*). — De même, quand il s'agit d'apprécier si l'héritier institué n'est pas lésé par des legs hors de proportion avec l'importance de la succession, ce que diverses lois (*lex Furia*, *Voconia*, *Falcidia*) avaient pour but d'empêcher, on se règle d'après l'état des biens à l'époque de la mort, sans avoir égard à leur état antérieur (*h*).

Dans beaucoup d'autres cas l'invalidité du contenu avait une nature plus rigoureusement juridique : telle était la nullité du testament où soit un *suus*, soit un *posthumus*, se trouvait prétérit. Néanmoins le principe posé plus haut, que le contenu du testament se juge exclusivement d'après l'époque de la mort, semblait si vrai et si conforme aux besoins de la pratique, qu'on recourait à des moyens artificiels. Ainsi, quand un *suus* ou un *posthumus* prétérit mourait avant le testateur, le testament n'en était pas moins nul ; mais le préteur le maintenait en accordant une *B. P. secundum tabulas* (*i*). — La même

(g) L. 8, § 9, de inoff. (V, 2).

(*h*) § 2, J. de L. Falc. (II, 22); L. 73, pr. ad L. Falc. (XXXV, 2).

(*i*) Ulpian., XXIII, § 6; L. 12, pr. de injusto (XXVIII, 3). — On peut expliquer ainsi la chose : D'après le *jus civile*, la

chose avait lieu si le testateur avait prétérit un fils émancipé, ou déshérité injustement un proche parent appelé à la succession *ab intestat*, mais avec cette différence, que l'intervention du préteur n'était pas nécessaire. En effet, le fils émancipé prétérit ne pouvait que réclamer une *B. P. contra tabulas;* c'était là un droit purement personnel, réservé au fils existant lors de l'ouverture de la succession. La prétérition d'un fils émancipé qui mourait avant le testateur n'avait donc aucun effet, puisqu'il n'était plus là pour réclamer la *B. P. contra tabulas*. La *querela inofficiosi* du parent injustement exclu n'était aussi qu'un moyen de droit purement personnel, dont il ne pouvait être question si ce parent mourait avant le testateur. Voy. Vol. II, § 73, G.

4) Capacité personnelle de l'appelé (héritier ou légataire). Ce cas est le plus difficile de tous, et celui qui a donné lieu à la plupart des erreurs en la matière qui nous occupe.

La capacité de l'appelé appartient en soi au

nullité résultant de la prétérition était absolue; le préteur la transformait en une nullité relative, qui ne pouvait être invoquée que par l'héritier prétérit lui-même, et non par un tiers en faveur duquel elle n'était pas établie. Suivant la rigueur du *jus civile*, la prétérition du *suus* ou du *posthumus* constituait une nullité en la forme; le préteur l'envisageait comme faisant partie du contenu du testament.

contenu du testament; et ainsi, d'après les principes généraux, nous ne devrions avoir égard qu'aux rapports de fait existant à l'époque de la mort, et nullement à l'état de choses antérieur. Néanmoins les Romains ont traité ce cas autrement, et il s'agit d'expliquer cette déviation des principes.

Voici la théorie des Romains. La capacité juridique de l'héritier et du légataire repose sur la même *testamentifactio* que celle du testateur (note *b*), de sorte qu'elle appartient à tous les *cives* et *Latini*, et manque à tous les *peregrini* (*k*).

Cette capacité doit exister à trois époques (*tria tempora*) : à l'époque du testament, à celle de la mort (*l*), et à celle de l'adition d'héridité. Rigoureusement, cette capacité devrait se continuer dans le temps intermédiaire; mais on se relâche de cette rigueur, et une incapacité passagère, survenue dans l'intervalle ne nuit pas (*media tempora non nocent*) (*m*).

(*k*) Ulpian., XXII, § 1, 2, 3. Ici l'on n'exclut ni le *filius-familias* ni le *Latinus Julianus;* car si celui qui n'a aucuns biens n'en peut pas laisser, il peut en recevoir. On n'exclut pas non plus l'enfant ni l'aliéné, parce que la capacité de vouloir et d'agir n'est pas nécessaire pour être institué héritier.

(*l*) Quand il s'agit d'une institution conditionnelle, cette époque est remplacée par celle où la condition est accomplie, et ainsi il n'y a toujours que trois époques.

(*m*) Les principaux textes sont : § 4, J. de her. qual. (II, 19); L. 6, § 2; L. 49, § 1; L. 59, § 4, de her. inst. (XXVIII, 5).

Maintenant, pourquoi les Romains se sont-ils précisément en ce cas écartés des principes généraux? Nous pouvons négliger la troisième époque, celle de l'adition d'hérédité, qui s'implique de soi-même et a ordinairement peu d'importance. Il nous reste donc à rendre compte de cette singularité, que la capacité de l'appelé est exigée, non-seulement à l'époque de la mort, ce qui est tout naturel, mais aussi à l'époque où se fait le testament ; de sorte qu'une cause d'incapacité existant alors, la qualité d'étranger, par exemple, vicie à jamais le testament, lors même que l'héritier institué aurait bientôt après acquis le droit de cité romaine.

L'explication de cette singularité n'est ni difficile ni douteuse. Elle se trouve dans la forme essentielle du testament romain, qui est la mancipation du patrimoine actuel (*n*), abstraction faite de ses diverses parties et de toute augmentation ou diminution possible. L'opération dans son ensemble nous apparaît dès lors comme un contrat fictif sur la succession, c'est-à-dire comme un acte entre vifs, où figurent toutes les per-

— L'intervalle dont on parle ici se rapporte à la première époque, et se place entre le testament et la mort; l'incapacité survenue entre la mort et l'acquisition est préjudiciable, car elle transmet immédiatement la succession à un tiers soit substitué, soit héritier ab intestat.

(*n*) Gajus, II, § 103.

sonnes que concerne le testament, représentées par le *familiæ emtor*. Voilà pourquoi elles doivent toutes avoir la capacité personnelle à l'époque où intervient ce contrat imaginaire.

Cette règle purement théorique, faite pour l'honneur des formes juridiques, n'était pas fondée sur la reconnaissance d'un besoin réel, et en voici la preuve. Plus tard, la législation positive apporta des restrictions à la capacité personnelle d'acquérir, et l'on crut alors pouvoir s'affranchir de la rigueur de ces anciennes formes ; le cas se présenta pour les célibataires, les individus sans enfants et les *Latini Juniani*. Pour ces incapacités nouvelles on n'eut pas égard à l'époque du testament ; on fit même un pas de plus, et, négligeant l'époque de la mort, on se reporta uniquement à celle de l'acquisition. Le but pratique de cette dernière prescription était d'engager, par l'appât de la succession, les célibataires à contracter mariage dans le plus bref délai, et le *Latinus Junianus* à mériter le *jus Quiritium* (*o*).

Tel est le véritable motif de cette règle singulière sur les *tria tempora*, et non, comme on l'a cru, la *regula Catoniana* (*p*). La fausseté de cette

(*o*) Ulpian., XXII, § 3, rapproché du XVII, § 1, et du III, § 1-6.

(*p*) L. 1, pr. de reg. Cat. (XXXIV, 7) : « Quod, si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret : id legatum, quandocunque decesserit, non valere. »

prétendue origine ressort des considérations suivantes. Jamais on ne voit les *tria tempora* rapportés à cette règle isolée et d'une date assez moderne : ils doivent donc avoir une base plus large et plus ancienne. Ensuite la règle de Caton concerne uniquement les legs (note *p*), et non les successions (*q*). Ainsi donc en général elle n'a point trait à la capacité personnelle de l'appelé, la seule chose qui nous occupe ici, mais à d'autres conditions de la nullité des legs, spécialement au cas où le testateur lègue *per vendicationem* une chose dont il n'avait pas la propriété romaine à l'époque du testament. Ce legs est nul, alors même que plus tard le testateur aurait acquis la propriété romaine de cette chose (*r*).

En résumant ce qui précède, nous dirons que la théorie des *tria tempora* ne repose pas sur la nature des choses, sur l'essence même des testaments, et que son motif est purement accidentel et historique. Nous ajouterons que, pour être conséquents, les rédacteurs de la législation justinienne auraient dû abandonner cette théorie, puisque le droit justinien n'a pas conservé la

(*q*) L. 3, eod. : « Catoniana regula non pertinet ad hereditates. » Cujas, il est vrai (obs. IV, 4), veut lire *libertates;* mais cette correction ne se trouve pas dans les manuscrits, et elle n'est pas demandée par l'ensemble du texte. Voy. Voorda Interpret., II, 22.

(*r*) Ulpian., XXIV, § 7.

moindre trace de la mancipation comme base fondamentale des testaments.

Toute cette recherche, étrangère à la collision des lois dans le temps, était une digression, mais une digression nécessaire; car, lorsque je m'occuperai des changements survenus, non dans les faits, mais dans les lois, j'aurai toujours à invoquer l'analogie des règles que je viens d'établir. Il ne faut néanmoins s'en servir qu'avec précaution, et distinguer soigneusement si ces règles dérivent de la nature des choses ou de motifs particuliers. Je reprendrai dans le même ordre les cas posés plus haut pour les changements de fait.

1) Capacité personnelle du testateur, touchant ses rapports de droit.

Cette capacité doit exister à deux époques, à l'époque du testament et à celle de la mort; si elle manque à l'une ou à l'autre, le testament est et demeure nul (p. 446). Or, elle peut manquer précisément parce que l'état du testateur n'est pas conforme à la loi en vigueur à l'une de ces deux époques (s).

(s) Chabot, t. II, p. 438, 439. — Meyer, p. 121-131, croit, au contraire, que l'incapacité à l'époque de la confection du testament ne nuit pas; et il cherche à défendre cette assertion,

En voici des exemples : d'après le droit romain, tous les *cives*, tous les *Latini* indépendants (*t*) peuvent tester ; les *peregrini* ne le peuvent pas (p. 445). Maintenant supposons qu'un *Latinus* indépendant ait fait un testament, et que pendant sa vie une loi impériale ait enlevé le *testamentifactio* à tous les *Latini*, le testament serait nul, vu l'incapacité du testateur au moment de sa mort. — Supposons qu'un *peregrinus* ait fait un testament, et que pendant sa vie une loi impériale accorde la *testamentifactio* à tous les *peregrini* : le testament demeurerait nul, vu l'incapacité de son auteur à l'époque où il a été fait.

2) Capacité personnelle du testateur relativement à ces modifications physiques.

Cette capacité doit exister seulement à l'époque du testament, et ainsi elle est exclusivement réglée par la loi alors en vigueur. Un testament valable d'après cette loi ne peut pas être annulé par une loi postérieure, et réciproquement.

Ainsi, par exemple, dans l'ancien droit romain, les muets étaient incapbles de tester : Justinien

non fondée, contre les objections d'ailleurs nullement concluantes que l'on tire de la *regula Catoniana*.

(*t*) Tels étaient anciennement les *Latini colonarii* (Ulpian., XIX, § 4), et, depuis qu'ils eurent cessé d'exister, tous les descendants d'un *Latinus Junianus*, car la prohibition de la *lex Junia* l'atteignait seul et non ses descendants, qui étaient *Latini ingenui*.

le leur permit (*u*). Si un muet avait testé peu avant la promulgation de la loi, son testament n'eût pas été validé par la loi nouvelle; mais il aurait pu le recommencer. — Le droit romain permet aux femmes de tester à l'âge de douze ans (*v*); le droit prussien, à l'âge de quatorze ans (*w*). Si donc une fille âgée de treize ans fait un testament sous l'empire du droit romain, son testament sera valable, lors même que bientôt après le droit prussien serait établi dans son pays, et lors même qu'elle décéderait avant d'avoir accompli sa quatorzième année. Le testament fait sous l'empire de la loi prussienne par une fille de treize ans demeure nul, lors même que le droit romain remplacerait immédiatement le droit prussien.

3) Le contenu du testament se juge uniquement d'après l'époque de la mort; de sorte que la loi alors en vigueur décide seule de la validité de ce contenu, sans égard aux prescriptions de la loi antérieure, même de la loi sous l'empire de laquelle a été fait le testament (*x*).

(*u*) L. 10, C., qui test. (VI, 22).

(*v*) L. 3, qui test. (XXVIII, 1).

(*w*) A. L. R. I. 12, § 16.

(*x*) Chabot, t. II, p. 367-370, p. 382, p. 445-454, qui établit très-bien ce point, tout en y mêlant de nombreuses erreurs sur le droit romain. — Weber, p. 96-98, n'admet pas la validité du testament, s'il est contraire à la loi en vigueur,

Voici quelques applications de cette règle, dans la pratique plus importante que toutes les autres.

La légitime et la prétérition se jugent d'après la loi en vigueur à l'époque de la mort (*y*), — comme aussi les substitutions prohibées par la loi française (*z*), — comme aussi la substitution vulgaire prohibée en France par une loi de 1790, et autorisée de nouveau par le code civil (*aa*).

4) Capacité personnelle de l'appelé (héritier ou légataire).

Jusqu'ici nous avons appliqué aux changements dans les lois précisément les règles établies par le droit romain pour les changements des rapports de fait (p. 444-449), parce que ces règles, fondées sur la nature même du testament en général, ressortent des besoins de la vie réelle. Il en est tout autrement de la question relative à la capacité personnelle de l'appelé, dont les changements de fait sont soumis en droit romain à la

soit à l'époque du testament, *soit* à l'époque de la mort; ainsi il assimile ce point à la capacité juridique du testateur (num. 1). — Bergmann, § 16, 19, 51, dit qu'en droit romain on juge le contenu du testament, *uniquement* d'après la loi en vigueur lors de sa confection, et que, si l'on a égard à l'époque de la mort, c'est d'après une fausse doctrine des auteurs français mais qui a passé dans la législation française.

(*y*) Chabot, t. II, p. 225, p. 464-475.

(*z*) Chabot, t. II, p. 382. Voy. Meyer, p. 132-148.

(*aa*) Chabot, t. II, p. 367-370.

règle des *tria tempora*. Or, cette règle reposait sur des motifs purement historiques qui n'existaient déjà plus du temps de Justinien, et qui aujourd'hui n'ont pour nous aucune valeur.

Nous devons donc ici abandonner entièrement l'analogie de cette règle du droit romain, pour nous en tenir à la nature véritable du testament. A ce point de vue, nous devons considérer la capacité personnelle de l'appelé comme partie intégrante du contenu du testament, et dès lors comme réglée exclusivement par la loi en vigueur à l'époque de la mort, sans égard à aucune loi antérieure, par exemple celle qui existait à l'époque où a été fait le testament (*bb*).

J'ai montré plus haut que la *regula Catoniana* était complétement étrangère à la question : nous n'avons donc pas à cercher, comme l'ont fait plusieurs auteurs, des moyens artificiels pour en repousser aujourd'hui l'application. Quant à l'héritier institué, il n'y a pas même de prétexte pour vouloir lui appliquer cette règle (notes *p*, *q*).

5) Vient ensuite la loi sur la forme du testament, dont nous n'avons pas eu occasion de parler à propos des changements de fait.

La forme du testament rentre dans l'élément de fait. Ainsi le testament est valide ou nul, sui-

(*bb*) Chabot, t. II, p. 462-464, adopte cette décision, mais sans essayer de la justifier, comme je l'ai fait ici.

vant que la forme prescrite par la loi alors en vigueur a été ou non suivie ; de sorte qu'une loi postérieure ne peut rien changer, soit à l'avantage, soit au préjudice du testament (*cc*). Cette règle est donc parfaitement d'accord avec les règles plus générales établies ci-dessus (§ 388).

Ainsi, en vertu de cette règle, un testament olographe, fait sous l'empire du droit français, demeure valable, lors même que, avant la mort du testateur, le droit français serait remplacé par le droit prussien, qui ne reconnaît pas les testaments olographes. Réciproquement un testament olographe fait sous l'empire du droit prussien reste nul, lors même que pendant la vie du testateur on introduirait dans le pays le droit français, qui admet cette forme de testaments (*dd*).

6) Enfin, nous devons mentionner le cas où une loi abolit la succession testamentaire en général, et ne laisse subsister que la succession légale ; non que ce cas ait une grande importance pratique, mais son examen peut nous servir à mieux fixer les principes.

Maintenant un testament fait sous l'empire d'une loi qui prohibe les testaments en général est et demeure nul, lors même que, avant la mort

(*cc*) Chabot, t. II, p. 394-399; Weber, p. 90.

(*dd*) J'ai parlé plus haut (§ 388, *o*) d'une disposition du droit prussien un peu différente : j'y reviendrai § 394.

du testateur, une loi nouvelle permettrait les testaments. En effet, les formes prescrites par la loi en vigueur n'ont pu être observées pour un semblable testament; et c'est là une condition essentielle de sa validité, selon la règle établie plus haut (Num. 5).

Le testament est également nul, si la succession testamentaire permise à l'époque où il était fait se trouve, à l'époque de la mort, prohibée par une loi nouvelle. En effet, cette loi a voulu annuler le contenu entier du testament, et la validité de ce contenu se juge d'après la loi en vigueur à l'époque de la mort (Num. 3). Une seconde considération encore plus péremptoire nous mène au même résultat. Cette loi porte en réalité, non sur l'acquisition d'un droit (d'une succession au moyen d'un testament), mais bien sur l'existence d'une institution de droit (la succession testamentaire); et en général pour les lois de cette espèce il n'est pas question d'effet rétroactif (§ 384).

Le cas le plus douteux semble celui où les testaments légalement permis à l'époque du testament et à celle de la mort, auraient été prohibés dans l'intervalle par une loi passagère. J'inclinerais à suivre ici l'analogie de la règle de droit romain : *media tempora non nocent* (note *m*), et à déclarer le testament valable.

§ CCCXCIV. A. *Acquisition des droits.* — *Application.* — IV. *Droit de succession* (Suite).

Jusqu'ici nous n'avons envisagé les limites dans le temps de l'empire des lois nouvelles en matière de testament que d'après des considérations générales, et sans égard aux prescriptions directes des lois positives. Nous avons exposé (§ 393) les règles du droit romain relativement à une question différente en soi, celle des changements de fait qui peuvent influer sur la validité des testaments ; et nous avons invoqué l'analogie de ces règles pour résoudre le problème qui nous occupe. Nous allons maintenant rechercher les prescriptions positives des législations dont on peut se servir dans le même but, c'est-à-dire pour déterminer l'influence réservée aux lois nouvelles sur la validité des testaments.

Nous commençons par le droit romain. Nous n'y trouvons pas la décision générale sur la question qui nous occupe. Le principe fondamental qui exclut la rétroactivité des lois (§ 386) est insuffisant pour les testaments ; car il n'appartient pas, comme les contrats et les aliénations, à une seule époque, mais à plusieurs (§ 393) ; de sorte que l'on hésite à dire sous quel aspect le testament peut être rangé parmi les *futura ne-*

gotia, ou plutôt parmi les *facta præterita* (les *pendentia negotia*).

D'un autre côté, nous trouvons dans diverses lois romaines des dispositions transitoires très-précises sur la question de savoir à quels testaments les lois nouvelles doivent ou non s'appliquer. Maintenant il semble assez naturel de regarder ces dispositions transitoires comme contenant l'expression du principe général et permanent touchant notre question ; et c'est sous l'influence de cette idée que beaucoup d'auteurs modernes ont bâti leurs théories. Mais cette supposition, très-hasardée, est, dans plusieurs cas particuliers, certainement fausse. En effet, le législateur peut avoir rendu la disposition transitoire sans la croire conforme aux principes et à la nature du testament en général, mais par ménagement pour ce qui existe ; et alors elle n'est pas l'expression d'une règle reconnue comme vraie, mais d'une exception bienveillante à la règle. Cette intention du législateur, possible en soi, est évidente dans plusieurs cas. Nous allons donc énumérer les diverses dispositions transitoires du droit romain sur les testaments ; et en les confrontant avec les principes établis plus haut (§ 493) nous verrons si l'on doit les regarder comme l'expression de la règle, ou plutôt comme des exceptions à la règle.

1) La *lex Falcidia* nous offre une prescription

transitoire de ce genre; on y lit, chapitre Ier (*a*):

« Qui cives romani sunt, qui eorum *post hanc legem rogatam testamentum facere volet*, ut eam pecuniam, » etc.

Cette prescription, reproduite littéralement dans le chapitre second, restreint l'application de la loi aux testaments futurs; de sorte que les testaments déjà faits, lors même que leurs auteurs vivraient encore, n'y sont pas soumis.

Cela constitue une exception à nos règles: car la loi ayant pour objet le contenu du testament, elle aurait dû s'appliquer à tous les testaments dont les auteurs mourraient postérieurement (§ 393, Num. 3), lors même que ces testaments eussent déjà été faits. On voulait donc épargner aux testateurs l'embarras de conférer leurs testaments avec la loi nouvelle, de les modifier en conséquence, comme aussi le danger de compromettre la validité de leurs testaments, s'ils manquaient à cette prévoyance. On ne peut qu'approuver de pareils ménagements; car en réalité il importait peu au législateur que la loi reçût son application exclusive quelques années plus tard ou quelques années plus tôt.

(*a*) L. 1, pr., ad L. Falc. (XXXV, 2). — Cicéron (in Verrem, I, 41, 42) parle d'une disposition transitoire semblable de la L. Voconia (qui heredem *fecerit*), à laquelle l'édit de Verrès avait donné injustement un effet rétroactif par les mots: *fecit, fecerit*.

Je dois en outre observer que cette loi n'avait pas pour but et pour résultat de restreindre en ce qui touche les legs une liberté jusqu'alors sans limites, mais, au contraire, de remplacer dans beaucoup de cas les restrictions plus rigoureuses de la *lex Furia* et de la *lex Voconia* par des dispositions nouvelles et mieux appropriées (*b*). Ainsi donc on voulait appliquer aux testaments des personnes vivantes la *lex Furia* et la *lex Voconia*, et aux testaments futurs, seulement la *lex Falcidia*.

2) En 531, Justinien ordonna que l'institution d'héritier ne serait valable que si le testateur écrivait de sa propre main le nom de l'héritier, ou le déclarait de vive voix en présence des témoins. Cette prescription devait s'appliquer uniquement aux testaments futurs, et non à ceux déjà faits (*c*). — Ce n'était là que la confirmation pure et simple des principes établis plus haut; car la nouvelle loi ne portait que sur la forme des testaments (§ 393, Num. 5). Mais, trois ans plus tard (en 544), cette loi fut insérée dans le nouveau code avec la disposition transitoire dont je viens de parler. Tous les testaments faits de 531 à 534 qui auraient dû être conformes à

(*b*) Gajus, II, § 224-227.

(*c*) L. 29, C., de test. (VI, 23). — Toute cette disposition n'a qu'un intérêt historique, car elle fut révoquée quelques années plus tard. Nov. 119, C. 9 (de l'an 544).

la loi nouvelle, se trouvèrent par là dispensés de son application : c'était en quelque sorte une amnistie accordée aux violations de la loi. On pourrait croire que cette reproduction singulière de la disposition transitoire est l'effet d'une inadvertance; mais Justinien lui-même, dans une loi postérieure, déclare qu'il l'a faite à dessein, parce que, dans l'origine, la loi nouvelle n'avait pu être suffisamment connue, et l'insertion dans le nouveau code devait réparer ce défaut de publicité (*d*).

3) D'après l'ancien droit, la légitime était du quart de ce que l'héritier eût recueilli s'il n'y avait pas eu de testament ; Justinien l'éleva au tiers et à la moitié, suivant les diverses circonstances (*e*). Comme cette loi porte sur le contenu du testament, elle aurait dû s'appliquer aux testaments déjà faits. Mais Justinien en restreignit l'application aux testaments futurs, ce qui était encore une exception bienveillante (*f*).

4) Certaines constitutions impériales limitaient de diverses manières la faculté que le père avait d'avantager par actes de dernière volonté des enfants nés d'une concubine (*g*). Une de ces lois restrictives porte que s'il n'y a pas d'enfants

(*d*) Nov. 66, C. 1, § 1.
(*e*) Nov. 18 (de l'an 536).
(*f*) Nov. 66, C. 1, § 2-5 (de l'an 538).
(*g*) Göschen, Vorlesungen, III, 2, § 793.

légitimes, les enfants d'une concubine pourront recueillir la moitié des biens. Mais elle ajoute que cette disposition s'appliquera seulement aux testaments qui se feront à l'avenir (*h*). C'est encore là une exception, puisque la loi se rapporte au contenu du testament, et dès lors aurait dû s'appliquer aux testaments des personnes vivantes.

5) Sous l'empereur Auguste, la *L. Julia* et la *L. Papia Poppæa* établirent des règles très-compliquées touchant la caducité des successions et des legs. Cette institution, modifiée par diverses loi postérieures, fut, en 534, entièrement abolie par Justinien ; mais il ajouta que la loi nouvelle s'appliquerait uniquement aux testaments futurs (*i*). C'était encore là une exception faite aux principes, puisque la loi nouvelle avait pour objet le contenu des testaments.

Le code prussien ne renferme sur notre question qu'un petit nombre de dispositions permanentes faites pour tous les temps; et encore elles ne traitent pas la question directement, et ne peuvent être invoquées que par induction. Je me réserve d'en faire mention à la fin de cette recherche.

(*h*) L. 8, C., de natur. lib. (V, 27), de Justinien en 528.
(*i*) L. un., § 15, C., de cad. toll. (VI, 51).

D'un autre côté, la législation prussienne est riche en dispositions transitoires sur les testaments; dispositions qui n'expriment point de principe général et permanent, mais qui, à l'occasion d'une loi nouvelle, règlent le sort des testaments, et ainsi laissent tout au plus entrevoir un principe général.

Je vais énumérer ces dispositions transitoires (§ 383).

La loi qui promulgua le code en 1794 porte, § 12, que « tous les testaments faits à cette époque seront *entièrement* jugés d'après les anciennes lois, lors même que le testateur ne décéderait que plus tard. » *Entièrement*, c'est-à-dire quant à la forme et quand au contenu. L'un est l'application pure et simple des principes établis plus haut; l'autre est une exception bienveillante faite à ces principes (§ 393, Num. 3), exception dont nous avons vu plusieurs exemples dans les lois romaines.

Les trois lois de 1803 reproduisent littéralement dans leur § 6 la disposition de la loi de 1794.

La loi rendue en 1814 pour les provinces au delà de l'Elbe nous présente une double innovation (*k*).

La première se rattache aux anciennes dispositions qu'elle modifie.

(*k*) Gesetzsammlung, 1814, p. 89-96.

§ 6. Tous les testaments et actes de dernière volonté faits avant le 1er janvier 1815 doivent, *quant à la forme*, se juger entièrement d'après les anciennes lois, lors même que le testateur ne décéderait que plus tard.

Ces mots : *quant à la forme*, qui ne se trouvent pas dans les lois antérieures, impliquent évidemment le contraste de *quant au contenu*, et signifient que le contenu du testament doit se juger d'après la loi nouvelle, celle en vigueur à l'époque de la mort. Nous voyons donc ici la reconnaissance des règles établies plus haut touchant les lois applicables à la forme et au contenu des testaments (*l*).

Je parlerai plus bas de la seconde innovation.

La première dont je viens de parler est exprimée avec plus de détails et d'exactitude dans la loi rendue en 1816 pour la Prusse occidentale (§ 383).

§ 8. Tous les testaments... quant à leur forme se jugent entièrement d'après les anciennes lois. *Le contenu des testaments est également valable, s'il ne se trouve pas en opposition avec les lois prohibitives existant à l'époque où s'ouvre la succession. A ce dernier égard, la capacité de l'héritier institué et la légitime doivent notamment se*

(*l*) Bergmann, p. 565, prétend à tort qu'il n'y a là aucune dérogation aux lois de promulgation antérieures.

juger d'après la loi en vigueur à l'époque où s'ouvre la succession.

Les lois transitoires postérieures reproduisent littéralement cette disposition.

Ici évidemment on distingue, quant à l'application des différentes lois, entre la forme et le contenu. Pour les lois sur la forme, on se reporte à l'époque du testament ; pour les lois sur le contenu, à l'époque de la mort ; et dans cette dernière classe on range avec raison les lois sur la capacité personnelle de l'appelé. Ainsi donc la série de règles établies plus haut est reconnue comme vraie, à l'exception des lois sur la capacité personnelle du testateur, dont on ne parle pas.

Parmi les provinces reconquises il y en avait trois jusqu'à cette époque régies par le droit français et où l'on devait trouver des testaments de personnes vivantes, les uns olographes, les autres notariés. Un pareil état de choses sembla trop dangereux ; et, par une dérogation partielle à la disposition générale rapportée ci-dessus, il fut décidé que dans ces provinces les testaments olographes et notariés ne seraient valables que pendant un an. Dans le cours de l'année chaque testateur dut faire un testament nouveau, suivant les formes du code prussien, c'est-à-dire en justice. L'année expirée, si le testateur mourait sans avoir fait un nouveau testament, l'ancien

était déclaré nul, à moins qu'il ne fût prouvé que le testateur avait été continuellement dans l'impossibilité d'en faire un autre (*m*). — Cette disposition toute spéciale n'est évidemment pas l'expression d'un principe général et permanent, mais bien une mesure nécessitée par un cas exceptionnel. Aussi, dans les autres lois transitoires ne trouve-t-on pas de disposition semblable.

Indépendamment de ces lois transitoires, le code lui-même renferme des dispositions permanentes qui peuvent servir à résoudre nos questions sur les testaments (p. 464).

A) Quand, dans un acte juridique, les formes prescrites par la loi alors en vigueur n'ont pas été observées, si une loi postérieure déclare ces formes suffisantes, l'acte est maintenu par exception (*n*).

Cette prescription n'est point particulière aux testaments ; mais comme elle comprend tous les actes juridiques, elle comprend aussi les testaments, et elle n'a rien de contraire aux règles établies plus haut. Du reste, pour le cas d'une nouvelle introduction du code prussien dans un pays, elle a peu d'importance en matière de testaments ; car on ne saurait imaginer qu'il existe

(*m*) Provinces au delà de l'Elbe (1814), § 7 ; Prusse occidentale (1816), § 9 ; Posen (1816), § 9. Voy. plus haut, § 383.

(*n*) A. L. R. Einl., § 17. Voy. plus haut § 388, *c*, où je discute le mérite de cette prescription.

nulle part une forme plus rigoureuse que celle prescrite par le code prussien, de sorte que l'introduction de ce code ferait maintenir un testament pour lequel la loi du pays exigeait des formes encore plus rigoureuses. Cette prescription n'aura d'intérêt pratique que si plus tard on établissait en Prusse des formes plus faciles pour les testaments, par exemple celle du droit français.

B) La capacité personnelle du testateur doit se juger d'après l'époque à laquelle a été fait le testament (*o*). Néanmoins cette prescription, comme on va le voir, se rapporte uniquement aux changements de fait, et non à ceux des lois : on ne peut donc l'étendre à ces derniers que par analogie. En voici maintenant quelques applications particulières :

a) L'incapacité naturelle existant à l'époque du testament le rend nul, lors même que la capacité surviendrait plus tard, par exemple l'âge requis par la loi pour tester (*p*). Cela s'accorde avec nos règles.

b) L'incapacité fondée sur les raisons de droit existant à l'époque du testament perd son influence, si plus tard la cause de l'incapacité cesse d'exister (*q*). Cela est contraire à nos règles (§ 393, Num. 1).

(*o*) A. L. R. I, 12, § 11.
(*p*) A. L. R. I, 12, § 13.
(*q*) A. L. R. I, 12, § 12.

c) Dans le cas inverse, si le testateur capable à l'époque du testament est plus tard frappé d'incapacité, comme peine d'un acte contraire aux lois, son testament devient nul (*r*). Cela s'accorde avec nos règles.

C) Pour juger la capacité d'un héritier ou d'un légataire, on doit se reporter à l'époque où s'ouvre la succession (*s*). — Cette disposition n'a certainement en vue, comme les précédentes, que les changements de faits; mais on peut sans inconvénient l'étendre, par analogie aux changements survenus dans la législation, et cette application est tout à fait d'accord avec nos règles.

Le code autrichien ne renferme aucune disposition transitoire particulière aux testaments; mais il dit en général que le nouveau code *ne doit avoir aucune influence* sur les actes antérieurs, lors même que ces actes consisteraient en des déclarations de volonté que leur auteur serait libre de changer, et qui pourraient être faites selon les prescriptions contenues dans le nouveau code (*t*). — Ce texte désigne évidem-

(*r*) A. L. R. I, 12, § 14.

(*s*) C'est le texte littéral du A. L. R. I, 12, § 43.

(*t*) Tiré textuellement de la Einführungspatent de 1811, p. 5, 6.

ment les testaments, et il reproduit ainsi la disposition du § 12 de la loi prussienne de 1794, que nous avons rapportée plus haut et confrontée avec nos règles.

J'ai déjà exposé les opinions des auteurs principaux à l'occasion des diverses questions. La grande erreur de Weber est d'exiger pour la validité du contenu du testament sa conformité aux lois en vigueur aux deux époques, tandis que Bergmann s'attache exclusivement, et à tort, à l'époque du testament. Chabot a sur cette matière des notions plus justes que ces deux auteurs (§ 393, *x*). Mais tous ont été plus ou moins induits en erreur par les motifs suivants.

Ils n'ont pas suffisamment distingué les changements survenus dans les rapports de fait de ceux que peuvent amener les lois nouvelles; ils n'ont pas non plus distingué les causes naturelles des dispositions législatives qui peuvent mettre obstacle à la capacité personnelle du testateur. En droit romain ils ont méconnu les véritables motifs de diverses prescriptions, ceux notamment des *tria tempora;* et quelquefois ils en ont supposé d'imaginaires, par exemple la *regula Catoniana.* Surtout ils ont généralisé des dispositions particulières et transitoires du droit romain, en y voyant, contre l'intention de leurs

auteurs, l'expression de principes généraux et permanents.

§ CCCXCV. A. *Acquisition des droits.* — *Application.* — IV. *Droit de succession* (Suite).

II. La succession *ab intestat* présente des rapports beaucoup plus simples que la succession testamentaire; car on n'y voit pas deux faits souvent très-éloignés, la confection du testament et l'ouverture de la succession. Néanmoins, pour l'une comme pour l'autre, nous avons à nous occuper tant des changements survenus dans les rapports de fait que de ceux résultant des lois nouvelles ; et pour les premiers le droit romain nous donne des règles exactes que nous pouvons appliquer aux seconds par voie d'analogie.

La capacité personnelle de laisser une succession *ab intestat* se juge d'après l'époque de la mort de l'individu. Le droit romain exige le droit de cité, en ce sens que la mort d'un citoyen romain peut seule donner lieu à l'application du droit romain sur les successions ; car si un étranger meurt dans l'État romain, sa succession se règle d'après les lois de son pays. Le Romain qui avait subi une *magna capitis diminutio* (un déporté ou un *servus pœnæ*) ne pouvait laisser de succession ; ce qu'il avait ou semblait avoir appartenait au fisc.

La capacité personnelle d'être appelé à une succession *ab intestat* avait également pour condition le droit de cité : la *magna capitis diminutio* enlevait cette capacité ; la *minima* n'était pas un empêchement absolu, mais elle privait l'héritier *ab intestat* de certains droits fondés sur l'agnation (*a*). Cette capacité devait certainement exister à l'époque de l'ouverture de la succession et à celle de l'adition d'hérédité, et même pendant tout le temps intermédiaire ; car toute incapacité qui dans cet intervalle, frappe un des héritiers *ab intestat*, transfère immédiatement sa part à ceux qui sont appelés concurremment avec lui ou après lui (§ 393, *m*). Ces règles s'appliquent, quelle que soit la cause de l'incapacité, un changement dans les rapports de fait ou une loi nouvelle.

Le point le plus important et aussi le plus difficile est le rapport personnel entre l'héritier *ab intestat* et son auteur, rapport principalement fondé sur la parenté. Ce point est décisif tant pour établir la qualité d'héritier en général, que pour déterminer l'ordre dans lequel les divers héritiers sont appelés à la succession. Ce rapport personnel doit se juger d'après l'époque de l'ouverture de la succession, qui ordinairement, mais non pas toujours,

(*a*) L. 1, § 4, 8, ad Sc. Tert. (XXXVIII, 17).

coïncide avec l'ouverture de la succession.

Nous avons ici à examiner deux espèces de changements possibles.

A) Changements dans les rapports de fait.

Tous les changements antérieurs à la mort qui donne ouverture à la succession n'ont absolument aucune influence. Sans doute il peut exister à cette époque des expectatives très-précises et très-vraisemblables. Les proches parents d'un célibataire riche et âgé peuvent compter sur sa succession, et des enfants issus d'un mariage tardif peuvent faire évanouir ces espérances. Mais en général les règles du droit ne protégent pas les simples expectatives, et ses parents ont dû admettre la possibilité de ce changement, comme celle d'un testament.

Mais, afin de déterminer exactement l'époque décisive, nous devons tout d'abord mentionner deux règles en quelque sorte négatives.

1) Nul ne peut être regardé comme héritier *ab intestat* d'un individu, s'il a été conçu depuis la mort de celui-ci. C'est donc une condition essentielle, que l'héritier *ab intestat* soit né ou du moins conçu pendant la vie du défunt (*b*).

2) Quand celui qui est appelé à une succession ne l'accepte pas, ou meurt avant d'avoir accepté,

(*b*) § 8, J. de her. quæ ad int. (III, 1), L. 6, § 7, 8, pr. de suis (XXXVIII, 16). — Sur l'assimilation du *nasciturus* au *natus*, Voy. Vol. II, § 62.

il semble naturel que, par suite de ce changement de fait, celui qui est appelé après lui le remplace, ce que l'on appelle une *successio* (*ordinum*, *graduum*). Néanmoins dans l'ancien droit civil on ne reconnaissait pas cette *successio*, parce que l'on se tenait scrupuleusement à la lettre des Douze Tables; le préteur l'admit au nombre de celles qu'il créait (*c*). Mais Justinien la reconnut d'une manière générale (*d*).

Ces deux règles une fois admises, nous avons à déterminer plus exactement l'époque où, d'après les rapports de droit alors existants, se règle la succession *ab intestat*. En général, cette époque est celle de l'ouverture de la succession, qui néanmoins peut, suivant les circonstances, se placer à deux époques différentes.

Nous devons ici distinguer deux cas.

Le premier est celui où il existe un testament dont l'annulation donne ouverture à la succession *ab intestat*. C'est alors, quand le testament est annulé, que s'ouvre la succession. Cela arrive quand l'héritier testamentaire n'accepte pas la succession, quand il meurt avant de l'avoir acceptée, quand l'institution d'héritier est subordonnée à une condition, et que cette condition fait défaut. Dans tous ces cas on suppose qu'il

(*c*) Gajus, III, § 12, 22, 28; Ulpian., XXVI, § 5.
(*d*) § 7, J. de legit. adgnat. succ. (III, 2).

n'y a pas d'autres héritiers testamentaires pour faire exécuter le testament. — Dans ces différents cas la succession s'ouvre quand l'héritier testamentaire refuse, quand il meurt, quand la condition fait défaut. Chacun de ces événements fournit la certitude qu'il n'y aura pas de succession testamentaire, ce qui donne ouverture à la succession *ab intestat*.

Le second cas est celui où il n'existe pas de testament. La succession s'ouvre alors précisément à l'époque de la mort, et il n'y a aucune autre époque où l'on puisse placer cette ouverture.

Voilà comment cette question importante est décidée par le texte suivant des Institutes (*e*) :

« Proximus autem, siquidem nullo testa-
« mento facto quisquam decesserit, per hoc tem-
« pus requiritur, *quo mortuus est is, cujus de*
« *hereditate quæritur*. Quod si facto testamento
« quisquam decesserit, per hoc tempus requi-
« ritur, *quo certum esse cœperit, nullum ex tes-*
« *tamento heredem exstiturum*, tunc enim pro-
« prie quisque intestato decessisse intelligitur. »

Occupons-nous du second cas, celui où il n'y a pas de testament. La règle transcrite ci-dessus nous apprend que les héritiers *ab intestat*,

(*e*) § 6, J. de legit. adgn. succ. (III, 2). — Pour le premier cas (celui où le testament devient sans effet) on peut citer Gajus, III, § 13 ; L. 1, § 8 ; L. 2, § 5 ; L. 5, de suis (XXXVIII, 16).

appelés ou non appelés, sont déterminés uniquement par le rapport personnel existant à l'époque de la mort. On dira peut-être que ce texte n'a rien de positif, qu'il s'implique de soi-même, puisqu'on ne saurait imaginer une époque postérieure. Mais cette objection n'est nullement fondée. La plupart des cas énumérés au sujet de la succession testamentaire peuvent se représenter pour les héritiers appelés *ab intestat*. Plusieurs de ces héritiers peuvent ne pas accepter la succession, ou mourir avant d'avoir accepté : que doit-on faire de la part qui leur revenait ?

On peut procéder ici de deux manières différentes. D'abord on peut s'en tenir au partage réglé à l'époque de la mort, et y ramener, autant que cela est possible, les parts devenues vacantes. Ces parts sont alors dévolues aux cohéritiers par *jus accrescendi*; et quand il n'y en a plus, on recourt à la *successio ordinum* ou *graduum*. — Ensuite on peut suivre une marche inverse, placer l'ouverture de la succession à l'époque ou la part est devenue vacante, et régler de nouveau la succession *ab intestat*. On place alors en première ligne la *successio ordinum* ou *graduum*, et l'on ne recourt au *jus accrescendi* que comme expédient.

D'après le principe fondamental posé plus haut, nous ne devons pas hésiter à employer la première méthode, c'est-à-dire à considérer l'é-

poque de la mort comme l'époque définitive de l'ouverture de la succession, lors même que des faits postérieurs nécessiteraient un partage supplémentaire. En d'autres termes : Quand il y a collision entre le *jus accrescendi* et la *successio graduum*, le *jus accrescendi* doit avoir la préférence (*f*).

B) Changements dans la législation.

Ici comme pour les testaments nous devons suivre l'analogie des prescriptions relatives aux changements de fait; et nous le pouvons sans scrupule, car elles nous apparaissent comme l'expression de principes généraux et permanents sans aucun mélange, comme pour les testaments de motifs purement accidentels et historiques.

(*f*) Cette question fait l'objet d'une controverse ancienne et célèbre. L'opinion que j'adopte est soutenue par Göschen, Vorlesungen, III, 2, § 929, et par Baumeister, Anwachsungsrecht unter Miterben, § 5, § 7. — On pourrait trouver la matière d'nn doute dans les L. 1, § 10, 11; L. 2, ad Sc. Tert. (XXXVIII, 17), qui prennent pour point de départ l'époque postérieure où le premier appelé a refusé la succession. Mais une saine interprétation de ces textes nous montre qu'ils contiennent non l'application d'un principe général, mais une prescription spéciale touchant le rapport de la nouvelle succession civile entre la mère et les enfants, avec le *jus antiquum* des agnats. On voulait empêcher, si la mère ou l'enfant venait à refuser la succession, que les agnats pour lesquels il n'y avait pas de *successio graduum* ne fussent totalement dépouillés de la succession, contre l'intention du sénatus-consulte.

En prenant pour guide cette analogie, voici les règles que nous devons établir touchant les effets des lois nouvelles sur la succession *ab intestat* :

1) Une loi nouvelle antérieure à l'ouverture de la succession doit toujours, pour ce cas particulier, régler la succession *ab intestat*.

2) L'ouverture de la succession se place :

A) Quand il n'y a pas de testament, à l'époque de la mort.

B) Quand il y a un testament, à l'époque où il devient certain qu'il ne se présentera pas d'héritier testamentaire.

3) Une loi nouvelle postérieure à l'ouverture de la succession n'a aucune influence, lors même qu'elle paraîtrait dans l'intervalle qui s'écoule entre l'ouverture de la succession et l'addition d'hérédité. Cette dernière proposition est admise par la plupart des auteurs (*g*), mais contestée par quelques-uns (*h*).

L'objection pincipale repose sur une méprise. Le principe de la non-rétroactivité des lois n'a, dit-on, pour but que de maintenir les droits acquis. Or, le droit conféré par l'ouverture de la succession à l'appelé n'est pas un droit acquis,

(*g*) Weber, p. 96 ; Chabot. t. I, p. 379 (« au moment de l'ouverture de la succession »).

(*h*) Heise und Cropp juristische Abhandlungen, vol. II, p. 123-124, 130-132.

il ne le devient que par l'adition d'hérédité ; et ainsi, jusqu'à cette dernière époque, la loi nouvelle peut modifier le droit de succession, sans violer le principe de la non-rétroactivité ; l'ouverture de la succession et l'adition d'hérédité ne se confondent exceptionnellement que pour le *suus heres* qui hérite *ipso jure*.

Mais dans la réalité l'ouverture de la succession confère à l'appelé un droit acquis sans sa participation et même à son insu, je veux dire le droit exclusif d'accepter la succession et de la confondre avec ses biens, ou de ne pas l'accepter, selon son bon plaisir. Il y a ici un véritable droit acquis, protégé comme tout autre droit par le principe de la non-rétroactivité, contre les effets des lois nouvelles, et ainsi entièrement différent des simples expectatives. Du reste, ce droit a une autre nature et une moindre étendue que celui qui résulte de l'adition d'hérédité, et qui incorpore immédiatement au patrimoine de l'héritier des biens jusqu'alors étrangers.

La règle que je viens de poser est confirmée par la disposition transitoire suivante :

Une loi de Valentinien II avait attribué aux descendants simplement cognats le droit de recueillir comme héritiers *ab intestat* les trois quarts des biens de leurs ascendants, ne réservant qu'un quart pour les agnats en concours avec

eux (*i*). Justinien attribua aux descendants la totalité de la succession, et ainsi sans prélèvement du quart pour les agnats (*k*). Mais il ajouta :

Quod tantum in futuris, *non etiam præteritis negotiis*, servari decernimus.

Rien de plus simple certainement que d'appliquer ces mots à l'ouverture de la succession, ainsi désignée comme *futurum negotium*, et non à l'adition d'hérédité. Mais la preuve que tel est effectivement le sens de la loi résulte de ce qui précède immédiatement : « sed descendentes soli ad mortui successionem *vocentur*; » d'où l'on voit que l'ouverture de la succession est l'objet dont s'occupe le législateur, dans le cas néanmoins où elle ne figure pas parmi les *præterita negotia* placés en dehors de la loi.

La loi prussienne transitoire de 1794 dit plus expressément encore (dans l'introduction au code), § 13 :

« La succession légale... si *l'ouverture de la* « *succession* est antérieure au 1er juin 1794, *se* « *règle d'après les lois anciennes*; si elle est pos- « térieure au 1er juin 1794...., d'après les pres- « criptions du nouveau code. »

(*i*) L. 4. C. Th. de leg. hered. (V, 1), § 16; J. de her. quæ ab int. (III, 1).

(*k*) L. 12, C., de suis (VI, 55).

Toutes les lois prussiennes transitoires faites depuis (§ 383) sont conformes à ce principe.

III) Contrats irrévocables sur des successions.

Ces contrats ont tous les caractères des contrats en général, et par conséquent ils doivent se juger d'après la loi en vigueur à l'époque où ils ont été faits (*l*). On objecte qu'un semblable contrat ne confère pas un droit absolument acquis, puisque l'on ignore lequel des deux contractants survivra à l'autre (*m*). Mais cette objection n'a aucune valeur; car les droits conditionnels n'en sont pas moins des droits protégés contre l'influence des lois nouvelles par le principe de la non-rétroactivité (§ 385, *h*).

§ CCCXCVI. A. *Acquisition des droits.* — *Applications.* — V. *Droit de la famille.*

Les auteurs français confondent souvent les lois sur le droit de la famille avec les lois sur l'état de la personne en soi. Or, comme pour ces derniers il n'est jamais question de droits acquis (§ 389), de sorte que l'action des lois nouvelles est entièrement libre, ils transportent ce rapport aux lois sur le droit de la famille, sans ré-

(*l*) Chabot, t. I, p. 133; Struve, p. 247-249. Voy. plus haut § 392.

(*m*) Weber, p. 98-99.

fléchir que celles-ci trouvent toujours de véritables droits acquis, qu'elles doivent respecter, comme le font les lois sur le droit des choses et sur les obligations. Cette confusion tient à l'usage exagéré de la division des lois en statuts personnels et réels (§ 361, Num. 1), et à la division des lois sous la même dénomination (*a*); de sorte que le pur droit de la famille, comme l'état de la personne en soi, figure parmi les droits personnels; et le droit de la famille appliqué est seul rangé parmi les droits réels (*b*). — Bien que cette doctrine doive être absolument rejetée, elle a dans l'application des résultats moins fâcheux qu'on ne pourrait le craindre; car les questions les plus importantes touchant le droit de la famille appartiennent dans la réalité à la capacité d'agir (*c*), et, d'un autre côté, des lois importantes sur le véritable droit de la famille, notamment le mariage, échappent au principe de la non-rétroactivité, parce qu'elles ont pour objet non l'acquisition, mais l'existence des droits en soi.

(*a*) Les droits personnels sont ceux qui sont *attachés aux personnes;* les droits réels sont les droits *attachés aux biens*.

(*b*) Chabot, I, p. 23, 29-31, 34, 377-378. — Bergmann, § 50, s'élève avec raison contre cette doctrine, mais sans faire ressortir la confusion que je viens de signaler.

(*c*) Telle est surtout l'autorisation maritale, qui appartient plutôt à la tutelle du sexe qu'au droit du mariage. Voy. § 389, num. 2.

1) Mariage (*d*).

Le mariage étant un pur contrat (*e*), on pourrait penser qu'il est régi dans son ensemble par les lois en vigueur à l'époque de sa célébration. Néanmoins cette règle, vraie en soi, n'a qu'une application assez restreinte pour le droit pur du mariage, c'est-à-dire abstraction faite de l'influence du mariage sur les biens (*f*).

La question de savoir si le mariage a été légalement contracté, se juge exclusivement d'après la loi en vigueur à l'époque de sa célébration (*g*).

L'autorité personnelle du mari sur la femme ne donne guère lieu à l'intervention de la loi et des tribunaux. — Le cas juridique le plus important que présente l'application de cette autorité, je veux dire la tutelle du mari, n'appartient pas en général au droit du mariage, mais à l'état de la personne en soi (note *c*).

Le divorce serait d'un intérêt capital, s'il devait se juger d'après la loi en vigueur lors de la célébration du mariage. Mais on verra plus bas

(*d*) Voyez les règles posées § 379 sur les limites locales des lois.

(*e*) Voy. Vol. III, § 141.

(*f*) Sur la définition du droit de la famille pur et appliqué, Voy. Vol. I, § 54, 58.

(*g*) Par les mêmes motifs invoqués plus haut (§ 379) relativement au droit local. Voy. Code civil, art. 170. — Cette opinion est adoptée par Reinhardt zu Glück, vol. I, p. 10; Bergmann, p. 30, ne la partage pas entièrement.

qu'en cette matière on a seulement égard à l'époque de la demande en divorce, non à celle du mariage ou des faits qui ont motivé la demande (*h*).

D'un autre côté, le droit des biens entre époux (le droit du mariage appliqué) est pour l'application de notre principe un objet très-important. Ici nous dirons que la loi en vigueur à l'époque du mariage doit être appliquée, lors même que des lois postérieures modifieraient le droit des biens entre époux (*i*). Cette question a beaucoup d'analogie avec celle de l'application du droit local (*k*); toutes les raisons données plus haut (§ 379) pour faire prévaloir la loi en vigueur au domicile du mari lors de la célébration du mariage, sans égard à un changement ultérieur de domicile, peuvent être invoquées contre l'influence d'un changement postérieur dans la législation.

(*h*) Voy. plus bas, § 399. Cf. § 379, n. 6.

(*i*) Cette doctrine est adoptée par la plupart des auteurs : Chabot, t. I, p. 79-81 ; Meyer, p. 167 ; Pfeiffer praktische Ausführungen, vol. II, p. 270-276 ; Mittermaier, Deutsches Recht, § 400, num. v.

(*k*) Je dis la plupart des motifs, et non pas tous; car on ne saurait donner ici le motif que la volonté individuelle du mari, d'où dépend le choix du domicile, ne peut modifier le droit des biens existants. Sans doute le changement des lois ne dépend pas de sa volonté.

Voici diverses applications de ce principe important :

Le rapport du régime dotal à celui de la communauté des biens, si l'une de ces institutions règne exclusivement, si elles sont admises concurremment, et quelle est leur position respective.

La nature de la dot; *dos profectitia ;* transmission du droit de répétition aux héritiers ; retour direct de la propriété aux héritiers. — J'observe néanmoins que quand, d'après le pur droit romain, la dot est constituée non *ipso jure*, mais par le fait d'une volonté libre, ce n'est pas l'époque du mariage, mais celle de la constitution de la dot, qui détermine la loi applicable. Ce point est expressément reconnu dans une prescription transitoire de Justinien (*l*). — De même la communauté des biens se juge d'après la loi d'une époque postérieure, quand dans un cas particulier elle ne résulte pas de la loi en vigueur à l'époque du mariage, mais d'un contrat fait postérieurement par les époux (*m*).

Les conséquences d'un second mariage relativement aux biens. Cela est aussi reconnu par une prescription transitoire de Justinien (*n*).

(*l*) L. un. in f. C., de rei ux. act. (V, 13).

(*m*) Nous avons donc ici une exception rationnelle à la règle posée plus haut (note *i*).

(*n*) Nov. 22, C. 1.

Je parlerai plus bas (§ 399) des restrictions mises aux libéralités entre époux.

Ce que l'on appelle la succession des époux a une double nature. Souvent elle n'est que le simple développement, la conséquence d'un droit des biens entre vifs, notamment de la communauté sous l'une de ses différentes formes. Alors elle se règle d'après la loi de l'époque où le rapport de droit a pris naissance, ordinairement celle de la célébration du mariage, quelquefois aussi celle d'un contrat postérieur (notes *i* et *m*). — Dans d'autres cas, la succession des époux est une véritable et pure succession *ab intestat*, et toujours elle se juge d'après la loi en vigueur à l'époque où elle s'ouvre. Parmi ces autres cas figure l'édit *unde vir et uxor*, et la succession des époux indigents établie par le droit romain, comme aussi, d'après le droit de la province de Brandebourg, la *Joachimica* (*o*).

Les mêmes distinctions et les mêmes règles s'appliquent aussi à la succession des enfants, en tant qu'elle se rattache au droit des biens qui régit leur parents.

Naturellement toutes ces règles ne s'appliquent que quand la loi nouvelle sur le droit des

(*o*) Sur cette distinction, voy. § 379, num. 5; et sur les règles applicables aux véritables successions ab intestat, voy. § 395, B.

biens entre époux n'est pas accompagné de dispositions transitoires spéciales ; et précisément en cette matière plus qu'en toute autre on doit s'attendre à les trouver. En effet, si dans un pays le législateur remplaçait par la communauté générale des biens le régime dotal exclusivement suivi jusqu'alors, ou réciproquement, il n'oublierait certainement pas de prendre en considération les nombreux mariages existants, et de régler leurs rapports avec la loi nouvelle.

Je terminerai cette recherche en rapportant quelques dispositions transitoires rendues sur les lois nouvelles relatives au mariage.

J'ai déjà parlé (note *l* et *n*) de deux lois de Justinien, où les principes que je viens d'exposer sont reconnus et appliqués.

Le droit prussien nous offre les dispositions transitoires suivantes (*p*) :

La loi qui promulgua le code en 1794 ordonne, § 14, que le droit des biens entre époux y compris la séparation résultant d'un divorce, se règlera d'après la loi en vigueur à l'époque de la célébration du mariage, ce qui est tout à fait conforme au principe posé plus haut. — Pour le cas d'une succession *ab intestat* fondée sur le droit commun, non sur le droit d'une province,

(*p*) Les dispositions sur les motifs du divorce sont exposées plus bas, § 399, *e*.

on laisse à l'époux survivant la faculté d'hériter d'après la loi en vigueur à l'époque du mariage, ou d'après le code. C'est là une prescription positive entièrement nouvelle, qui ne repose sur aucun principe de droit; mais elle n'est ni rigoureuse ni injuste, car l'époux peut toujours prévenir ce résultat en faisant un testament. S'il n'en fait pas, on doit admettre qu'il a approuvé cette faveur accordée par la loi à l'époux survivant.

Les lois transitoires de 1814 et de 1816 s'accordent avec ces dispositions en ce qu'elles ont d'essentiel (*q*).

II) Puissance paternelle.

L'existence de la puissance paternelle se juge d'après la loi en vigueur à l'époque où se placent les faits qui lui donnent naissance. Ainsi Justinien ordonna que, dans la plupart des cas, l'adoption d'un enfant placé sous la puissance paternelle d'un autre ne créerait plus une puissance paternelle nouvelle, et n'abolirait pas l'an-

(*q*) (Voy. § 383). — Provinces au delà de l'Elbe, § 9; Prusse occidentale, § 11, 12; Posen, § 11; Saxe, § 11. Les dispositions différentes que l'on pourrait citer se rapportent au droit provincial, et non à notre question. La loi pour le duché de Westphalie, de 1825, ne parle pas de cet objet, parce que le § 4 exclut de l'adoption du code prussien les trois premiers titres de la seconde partie, qui seuls traitent du mariage et de la succession ab intestat.

cienne (*r*). Cette loi était certainement applicable à toutes les adoptions faites postérieurement; mais celles déjà faites n'échappaient pas à la rigueur de l'ancienne loi. — De même aussi la légitimation par mariage subséquent se juge d'après la loi en vigueur à l'époque du mariage, sans égard aux lois postérieures ou à celles qui existent lors de la naissance de l'enfant (§ 380).

Nous n'avons pas à nous occuper ici des droits, personnels du père sur l'enfant : les lois relatives à cet objet concernent l'existence des droits, non leur acquisition, et par conséquent elles s'appliquent aux rapports de droit déjà existants (§ 398).

Quant aux droits sur les biens, on pourrait être tenté d'appliquer à la puissance paternelle les règles établies plus haut relativement au mariage. En conséquence, les droits sur les biens seraient invariablement fixés par la loi sous l'empire de laquelle la puissance paternelle a commencé, c'est-à-dire par la loi en vigueur lors de la naissance de l'enfant; de sorte qu'une loi nouvelle ne trouverait d'application que pour les enfants nés postérieurement à sa promulgation. Mais quand on examine la chose de plus

(*r*) L. 10, C., de adopt. (VIII, 48); § 2, J. de adopt. II, 11). — Excepté le cas où le père adoptif est en même temps un ascendant naturel de l'enfant.

près, cette analogie se réduit à une pure illusion, et l'on reconnaît que la loi nouvelle doit régler immédiatement les rapports des biens, même pour les enfants déjà nés. Avant de fournir la preuve de cette proposition, je vais la rendre évidente par une exemple.

D'après l'ancien droit romain, un enfant placé sous la puissance paternelle ne pouvait avoir aucuns biens; car tout ce qu'il acquérait par ses actes était immédiatement acquis au père. Dans la suite des temps cette incapacité cessa pour plusieurs espèces d'acquisitions, notamment pour le *castrense peculium*, les *bona materna*, etc.; mais la règle subsista toujours. Justinien l'abolit entièrement, en ordonnant que tout ce que l'enfant acquerrait, à quelque titre que ce fût, deviendrait la propriété de l'enfant et non plus celle du père (*s*). Si maintenant on demande à quels cas s'applique la loi nouvelle, d'après la fausse analogie du mariage, on pourrait répondre : Aux enfants nés depuis la loi. Suivant moi, il faut dire que, par la promulgation de la loi, tout ce que l'enfant acquiert devient sa propriété; ce qu'il avait acquis antérieurement appartient seul au père. Ainsi donc le sort des nouvelles acquisitions, la capacité d'acquérir

(*s*) L. 6, C., de bon. quæ lib. (VI, 61), § 1, J. per quas pers. (II, 9).

était immédiatement changée par la loi nouvelle; la loi ne changeait rien aux biens acquis.

Voici la preuve de ce que j'avance. Ces règles sur les acquisitions de l'enfant ne sont que les conséquences de sa capacité du droit plus ou moins restreintes (*t*), et comme telles elles appartiennent à l'état de la personne en soi, qui n'est pas régi par le principe de la non rétroactivité (§ 389). Et là précisément se montre une différence essentielle entre la puissance paternelle et le mariage; car le droit des biens entre époux (le régime dotal ou la communauté) n'a rien de commun avec la capacité du droit. — Telle est l'expression juridique de la différence fondamentale qui existe entre ces deux espèces de rapports de droit; mais on arriverait au même résultat en envisageant la chose sous un autre aspect. Le mariage est un rapport de droit entre deux personnes indépendantes, résultant de leur volonté libre et d'un contrat. La puissance paternelle, au contraire, résulte de la naissance d'un enfant, c'est-à-dire d'un événement naturel, indépendant de la volonté. Il ne peut donc être ici question de maintenir les effets de la volonté et des rapports de droit fondés sur un contrat.

Ce que je dis de ces contrastes extrêmes s'ap-

(*t*) Voy. Vol. II, § 67.

plique à toute espèce de changement législatif, car ces lois diffèrent par l'étendue de leurs effets ; mais leur nature reste toujours la même. Quand donc une loi nouvelle établit ou abolit, prolonge ou abrége l'usufruit du père sur les biens de l'enfant, elle devient immédiatement applicable aux biens des enfants déjà nés (*u*).

Ces règles sont reconnues non-seulement par les auteurs, mais aussi par les lois transitoires de la Prusse relatives à l'usufruit des père et mère (*v*).

La dissolution de la puissance paternelle, notamment par suite de l'émancipation, est soumise aux lois en vigueur à l'époque où se place le fait qui entraîne cette dissolution. J'en dis autant des conséquences de la dissolution, parmi lesquelles figure le *præmium emancipationis* (note *u*).

Je parlerai plus bas (§ 399) des rapports de droit qui concernent les enfants naturels.

(*u*) Weber, p. 86; Reinhardt zu Glück, vol. I, p. 11. — On pourrait croire qu'en droit romain cela est contraire à la nature de l'usufruit, qui une fois acquis dure jusqu'à la mort de l'usufruitier. Mais cet usufruit fondé sur un rapport de famille a une autre nature, même d'après le droit romain, qui conserve au père émancipateur, comme récompense spéciale de l'émancipation, la *moitié* de l'usufruit des biens. L. 6, § 3, C., de bon. quæ lib. (VI, 61).

(*v*) Provinces au delà de l'Elbe, 1814, § 10; Prusse occidentale, 1816, § 13; Posen, 1816, § 13 (Voy. § 383).

III) Tutelle.

En droit actuel, la tutelle nous apparaît comme l'exercice d'un droit de protection appartenant à l'État, et ainsi comme une branche du droit public (§ 380, *c*). Il n'est donc pas douteux que la tutelle ne puisse toujours être modifiée par des lois nouvelles. Si ces lois portent sur l'établissement de la tutelle dans des cas particuliers, on ne conçoit pas le besoin qu'elles auraient de modifier les tutelles déjà constituées, bien que le droit de faire ces modifications soit incontestable. Si la loi garde le silence sur ce point, elle ne s'applique qu'aux tutelles qui s'établiront à l'avenir.

Les obligations résultant de l'administration d'une tutelle (*actio tutelæ directa, contraria*) se jugent d'après le droit qui régit les obligations (§ 392).

IV) Affranchis.

Si je mentionne ici cette loi appartenant à l'ancien droit et relative à l'affranchissement des esclaves, c'est parce qu'elle renferme une disposition transitoire que les auteurs modernes ont souvent mal comprise.

La *lex Junia* avait ordonné, dans beaucoup de cas d'un affranchissement incomplet, que l'affranchi serait libre et même *Latinus ;* qu'il serait capable d'acquérir, mais qu'à sa mort ses biens reviendraient au patron, non comme

héritage, mais en vertu d'une fiction qui faisait considérer l'affranchi comme mort en état d'esclavage (*w*). Justinien compléta cet affranchissement incomplet, de sorte que les biens de l'affranchi ne durent plus revenir au patron. Mais il ajouta que cette disposition ne s'appliquait qu'aux affranchissements futurs, et que les affranchissements antérieurs seraient régis par l'ancien droit, soit que l'affranchi fût mort ou vivant (*x*). — Ce n'était pas là une loi sur les successions, comme l'admettent ordinairement les auteurs modernes, mais une loi sur l'affranchissement et sur la restriction des biens qui s'y rattache ; et cette disposition transitoire était très-bien appropriée à la nature de ce rapport de droit.

§ CCCXCVII. A. *Acquisition des droits — Exceptions.*

Le résultat de notre recherche a été d'assigner dans le temps des limites à l'action des lois nouvelles sur les diverses classes de rapports de droit. Il peut y avoir à ces règles des exceptions en deux sens : ainsi elles peuvent étendre ou restreindre, comparativement à ces règles, l'action des lois nouvelles.

(*w*) Gajus, III, § 56.
(*x*) L. un., § 13, C, de Lat. libert. toll. (VII, 6).

L'extension donnée aux effets d'une loi nouvelle, c'est-à-dire une rétroactivité exceptionnelle, signifie ordinairement que le législateur, convaincu de l'importance d'une innovation, veut étendre autant que possible son efficacité. Je citerai comme exemple de ce genre la loi romaine sur les intérêts, dont j'ai parlé plus haut (§ 386, *f*, *g*). Une semblable exception se justifie difficilement ; car ses avantages sont toujours compensés, et au delà, par l'impression défavorable que cause une mesure aussi arbitraire, bien que dictée par les meilleures intentions. — Quelquefois aussi l'exception a un autre motif, celui de ménager certains individus sans faire de tort à personne. C'est ainsi qu'en droit prussien une nouvelle loi pénale, si elle est plus douce, s'applique aux délits commis sous l'empire de l'ancienne loi (*a*). Par le même esprit de ménagement, une autre loi prussienne ordonne que les vices des formes d'un acte juridique seront couverts, si l'acte satisfait à une loi nouvelle qui exigerait des formes moins rigoureuses. J'ai signalé plus haut (§ 388, *e*) les objections qu'on peut élever contre le caractère de cette prescription.

(*a*) Voy. § 387, *b*. Cette disposition est déjà justifiée par le droit de grâce qui appartient au législateur dans chaque cas particulier.

Une restriction exceptionnelle mise aux effets d'une loi nouvelle présente beaucoup moins d'inconvénients. Elle a pour but de ménager de simples expectatives que ne protége pas le principe fondamental posé plus haut (§ 385), et toujours elle repose sur cette idée que, si la loi nouvelle est salutaire en soi, elle n'a pas cependant une telle importance qu'on doive en faire une application directe et immédiate, au risque de léser des intérêts individuels.

J'ai déjà observé que la loi de l'empereur romain, qui dénie en général la rétroactivité des lois, fait une réserve expresse pour des exceptions particulières (§ 386, *a*), réserve qui n'était pas nécessaire, car elle s'implique de soi-même. Dans le cours de cette recherche, j'ai cité plusieurs exemples de ces exceptions, empruntés tant au droit romain qu'aux législations modernes. Ces exceptions étaient les unes extensives (*b*), les autres restrictives (*c*); et, chose digne de remarque, les exceptions de la seconde espèce sont plus nombreuses que celles de la première. — J'ai fait observer aussi que les exceptions particulières établies par le droit romain n'ont plus pour nous aucune signification pratique, même

(*b*) Des cas semblables se trouvent dans les §§ 386, 388, 390, 391, 394.

(*c*) Par exemple, §§ 391 et 394.

dans les pays où le droit romain serait introduit nouvellement comme droit commun (§ 386).

Maintenant nous ne devons admettre de semblables exceptions dans les lois nouvelles que si elles y sont formellement exprimées : en effet, quand le législateur veut faire une exception, et déroger à la règle, il doit l'exprimer clairement et sans équivoque. Et il est à remarquer que la loi romaine, qui dans tous les temps a servi de base à notre théorie, exprime ainsi la réserve des exceptions : « nisi *nominatim* et de præterito tempore... cautum sit » (§ 386, *a*).

Au lieu de cette précaution reconnue et prescrite par le droit romain lui-même, un auteur moderne essaye de reconnaître à différents signes une rétroactivité cachée dans les lois nouvelles (*d*). Dans ce but il fait intervenir des contrastes étrangers à la matière, telles que la nullité et le refus d'une action, *ipso jure* et *per exceptionem*, etc. Dans ce système, non-seulement on est conduit à admettre des exceptions imaginaires, mais encore à confondre sans s'en apercevoir les notions de règle et d'exception, par le déplacement et l'incertitude de leurs limites. Cette doctrine est surtout dangereuse quand on

(*d*) Weber, p. 78, 106-109, 137, sq. — Bergmann, § 26, 29, exprime des idées plus sages : néanmoins, § 4 et 5, il se rapproche de l'erreur de Weber.

l'applique aux législations modernes, où l'on ne saurait supposer un système rigoureux d'expressions techniques, comme il en existe en droit romain : c'est donc leur faire directement violence que de les soumettre à une interprétation basée sur cette supposition tacite (*e*).

Chose singulière! pour les cas où la loi reçoit une extension exceptionnelle, le droit romain établit une restriction que l'on peut regarder comme une exception à une exception. La rétroactivité ordonnée exceptionnellement n'a pas lieu quand le rapport de droit auquel on pourrait l'appliquer a déjà été l'objet d'un jugement ou d'une transaction (*judicatum vel transactum*). Cette restriction n'est représentée nulle part comme un principe permanent et général ; mais elle est reproduite dans tant de textes de droit romain, que l'on peut sans hésiter la regarder comme une règle générale de droit romain (*f*). En voici le motif réel. Le jugement comme la transaction transforme le rapport de droit primitif, de sorte que le rapport de droit auquel s'appliquerait la loi nouvelle est remplacé par un autre.

Il ne s'agit pas seulement ici d'un jugement définitif, mais encore d'un jugement en première

(*e*) J'ai fait une critique toute semblable à propos des limites locales des lois, § 374, C.

(*f*) Bergmann, p. 138, 146, où ces textes sont indiqués.

instance, si la loi nouvelle paraît dans le cours de l'instance sur l'appel (*g*). En effet, le premier juge ne pouvait prononcer que suivant la loi en vigueur à l'époque de son jugement, et le juge d'appel ne peut réformer qu'un jugement erroné et illégal en soi.

La transaction ne doit pas non plus se prendre dans le sens rigoureusement juridique du mot (*transactio*). Par là il faut entendre toute convention qui met fin au litige, soit qu'il s'agisse d'une concession volontaire faite par l'une ou l'autre partie, d'une remise, d'une renonciation, d'une reconnaissance, soit partielle, soit totale, pourvu que cet acte termine définitivement le litige (*h*).

Parmi les exceptions que je viens d'énumérer on range ordinairement le cas d'une interprétation législative authentique (*i*); de sorte qu'une semblable loi aurait un effet rétroactif sur les rapports de droit antérieurs. Il n'y a sans doute rien à objecter contre la rétroactivité d'une loi purement interprétative (*k*); seulement on ne doit point y voir un cas exceptionnel. Le point en dis-

(*g*) Nov. 115, pr. et C. 1.

(*h*) Bergmann, § 25. — Voy. aussi vol. VII, § 302.

(*i*) Voy. vol. I, § 32.

(*k*) Elle est confirmée expressément dans la Nov. 143, pr., à la fin du texte.

cussion est donc plutôt théorique que pratique. — Quand une loi interprétative est promulguée, son contenu, c'est-à-dire le sens attribué à la loi interprétée, devient, pour le juge, véritable et certain, quelle que soit d'ailleurs sa conviction personnelle. Quand donc il juge conformément à la loi interprétative, il applique en réalité la loi interprétée, dont le sens lui est révélé par la loi interprétative, et il n'y a là aucune rétroactivité.

La preuve qu'il n'y a là rien d'exceptionnel, est la généralité de l'application, qui n'est pas seulement faite pour les lois interprétatives. Une exception indiquerait que dans certains cas les choses pourraient se passer autrement, ce qui serait contre nature et renverserait le rapport du législateur au juge.

On pourrait croire que cette discussion a un côté pratique, en ce que, suivant moi, les restrictions mentionnées plus haut, le jugement et la transaction, ne seraient pas applicables. Elles sont réellement applicables, mais sous un autre point de vue. Quand la loi interprétative vient nous apprendre que le jugement rendu ou la transaction antérieure repose sur une fausse interprétation, ni le jugement ni la transaction ne perdent pour cela leur efficacité (*l*). Ici encore la cir-

(*l*) Le jugement n'est pas nul, puisque certainement il ne contrevient pas à une loi claire. Weber, p. 212-214. — (Si la loi interprétative était rendue pendant le cours de l'instance

constance décisive est celle invoquée plus haut, que le jugement et la transaction ont transformé l'ancien rapport de droit.

Cette règle sur la rétroactivité s'applique, non-seulement à l'interprétation d'une loi obscure, mais aussi à la reconnaissance et à la confirmation d'une loi antérieure ou du droit coutumier, dont l'existence ou la force obligatoire était mise en doute. Mais elle ne s'applique pas au rétablissement d'une loi ancienne tombée en désuétude.

C'est à tort que plusieurs auteurs distinguent entre l'interprétation vraie et l'interprétation fausse d'une loi, parce que cette dernière seule crée en réalité un droit nouveau ; car alors le juge se mettrait au-dessus du législateur et dénaturerait ses fonctions. Il s'agit uniquement de savoir si le législateur a rendu et a voulu rendre une loi interprétative, et non pas si, dans l'opinion du juge, cette interprétation est conforme à la vérité (*m*)

La rétroactivité des lois interprétatives est reconnue par le droit prussien, et avec raison,

en appel, le juge d'appel aurait seulement quelque chose à réformer). La transaction ne peut être attaquée même pour cause d'une erreur de fait. L. 65, § 1, de cond. indeb. (XII, 1) ; L. 23, C., de transact. (II, 4). Voy. vol. VII, p. 43.

(*m*) Sur l'application au passé des lois interprétatives, voy. en général Weber, p. 54-61, 194-208; Bergmann, § 10-12, § 31-33.

comme une règle permanente et faite pour tous les temps (*n*). Mais relativement à l'introduction du nouveau code il existe une disposition purement transitoire, portant que pour le jugement des anciens rapports de droit, si la loi d'alors était obscure ou douteuse et la jurisprudence incertaine, on doit suivre l'opinion conforme au contenu du code, ou celle qui s'en rapproche le plus (*o*).

§ CCCXCVIII. B. *Existence des droits. — Principe fondamental.*

La base de la présente recherche était la distinction des règles du droit en deux classes (§ 384). La première, ayant pour objet l'acquisition des droits, était soumise au principe de la non rétroactivité, c'est-à-dire au maintien des droits acquis. — La seconde classe des règles dont nous allons maintenant nous occuper a pour objet l'existence des droits, et ici le principe de la non rétroactivité est sans application.

Les règles sur l'existence des droits sont d'abord celles relatives au contraste entre l'existence ou la non existence d'une institution de droit : ainsi les lois qui abolissent entièrement une institution, et en outre celles qui, sans abolir en-

(*n*) Allg. Landrecht, Einleitung, § 15.
(*o*) Publicationspatent von 1794, § 9.

tièrement une institution modifient essentiellement sa nature, et dès lors portent sur le contraste de deux modes d'existence différents. Nous disons que toutes ces lois ne sauraient être soumises au principe du maintien des droits acquis (la non rétroactivité); car ainsi entendues les lois les plus importantes de cette espèce perdraient toute signification.

Afin de rendre la chose évidente, je prendrai trois lois rendues de nos jours dans différents pays, et j'essayerai de leur appliquer le principe de la non rétroactivité. Une loi abolit la servitude de la glèbe, une autre abolit les dîmes sans indemnité, par exemple, comme cela s'est fait au commencement de la révolution française. Une troisième loi déclare rachetables les dîmes auparavant non rachetables, et elle autorise le débiteur, peut-être même le créancier, à les transformer en une prestation d'une nature différente, mais d'égale valeur. — Appliquons à ces trois lois le principe de la non rétroactivité, et voici le sens qu'elles auront. A l'avenir toute constitution d'une servitude de la glèbe ou d'un droit de dîme est prohibée, nulle et de nul effet. A l'avenir toute constitution d'un droit de dîme doit réserver à chacune des parties la faculté de rachat. — Ainsi entendues, ces lois seraient parfaitement inutiles; car il y a longtemps que personne ne songe à constituer une servitude de la glèbe ou

un droit de dîme. Le législateur n'a donc certainement pas voulu ce résultat, et l'esprit de ces lois est en opposition directe avec celui des lois concernant l'acquisition des droits; lois qui n'ont pas d'effet rétroactif, ne règlent que les rapports de droits futurs et maintiennent les droits acquis, sauf un petit nombre d'exceptions, mais qui n'ont pas d'importance, et disparaissent presque devant la généralité du principe.

Peut-être on se demandera si cette classe de lois qui anéantissent ou transforment les droits acquis ne sont pas par cela même injustes et condamnables. Je ne prétends point éluder cette question, et je me propose de la traiter spécialement. Mais, pour ne pas interrompre le cours de notre recherche, je vais d'abord examiner le sens et l'intention des lois qui nous occupent. Je me réserve de discuter leur légitimité en finissant (§ 400).

Le sens et l'intention des lois de cette classe peuvent s'exprimer par les formules suivantes, qui sont en opposition directe avec le principe fondamental posé plus haut (§ 384, 385) pour les lois de la première classe.

Les lois nouvelles appartenant à cette seconde classe ont un effet rétroactif.

Les lois nouvelles appartenant à cette classe ne doivent pas maintenir les droits acquis.

Voici une considération propre à confirmer,

sous un autre point de vue, le sens et l'intention que j'attribue à ces lois. La plupart et les plus importantes ont cette nature positive rigoureusement obligatoire que j'ai décrite à une autre occasion; car elles ont leurs racines hors du domaine du droit pur, et leur but les met en contact avec la morale, la politique et l'économie politique (§ 349). Or, une extension de pouvoir et d'efficacité plus grande que pour les autres lois forme le caractère de ces lois rigoureusement obligatoires, ainsi que je l'ai déjà montré en traitant de la collision des lois locales.

Voyons maintenant quelle est la position de nos auteurs relativement à la doctrine exposée ici. La distinction de deux classes de règles soumises à des principes différents et tout opposés ne se trouve nulle part, et le principe de la non rétroactivité est représenté comme commun à toutes les lois. On pourrait donc penser que les auteurs donnent aux lois qui nous occupent le sens pratiquement impossible indiqué plus haut, c'est-à-dire qu'ils regardent l'abolition de la servitude de la glèbe comme une prohibition d'en constituer à l'avenir. Loin de là, ils rangent ces lois parmi les cas de rétroactivité exceptionnelle réservés par le droit romain (§ 397), et dès lors ils les appliquent aux droits acquis (*a*).

(*a*) Weber, p. 51-52, 188-189; Bergmann, p. 156, 177, 257.

Un pareil expédient, bien qu'il pourvoie au besoin immédiat, doit être entièrement rejeté. Les exceptions faites au principe de la non rétroactivité ont une nature accidentelle, ne sont nullement indispensables; et il vaudrait mieux qu'elles n'existent pas. Or, rien de tout cela ne convient aux lois qui nous occupent. Quand on les examine sans prévention, on reconnaît que l'expédient de ces auteurs est tout à fait forcé, et qu'il impose à ces lois un sens qu'elles n'ont pas. Dans ce système, la loi qui abolit la servitude de la glèbe se placerait sur la même ligne que la loi de Justinien relative aux intérêts défendus, et son contenu complet devrait logiquement être ramené à ces termes : Il est défendu de constituer à l'avenir des servitudes de la glèbe, en outre cette prescription a par exception un effet rétroactif, de sorte qu'elle abolit toute servitude de la glèbe existant actuellement. Une disposition tout à fait inutile à laquelle personne n'a songé deviendrait ici la pensée principale, et la seule chose que le législateur ait voulu ne figurerait plus que comme exception et comme incident. Dans la plupart des lois de cette espèce on ne trouvera certainement rien qui indique la pensée d'un effet rétroactif.

A ces motifs s'en ajoute un autre purement pratique qui doit faire rejeter absolument cette doctrine. S'il s'agissait réellement dans ces lois

d'une rétroactivité exceptionnelle, nous ne devrions l'admettre qu'avec de certaines restrictions (§ 397, *f*), et ainsi elle cesserait toutes les fois que le rapport de droit aurait été l'objet d'un jugement ou d'une transaction. On arriverait ainsi à ce résultat absurde, l'abolition de toutes les dîmes qui n'auraient jamais été contestées, le maintien de toutes celles qui auraient donné lieu à un procès ou à une transaction. — En fait, nos auteurs n'admettent pas ce résultat absurde, et ils déclarent l'abolition générale (*b*). Mais, pour en arriver là, il faut évidemment que cette restriction (qui est elle-même une exception à une exception) soit écartée par une exception nouvelle, c'est-à-dire par une exception à la troisième puissance. On voit combien peu est rationnelle une doctrine qui nécessite de pareils expédients.

Une autre manière de résoudre la difficulté, que propose un autre auteur, est tout à fait caractéristique (*c*). Cet auteur n'admet en général aucun effet rétroactif, aucune action du législateur sur la collision des lois dans le temps (§ 387, *i*). Quant à la solution de notre difficulté, il lui suffit d'énumérer les institutions qu'il condamne, telles que la servitude de la glèbe, et

(*b*) Weber, p. 213-215; Bergmann, p. 259.
(*c*) Struve, p. 150-152, 274-276.

l'exemption d'impôts pour la noblesse. Il les appelle des atrocités, des turpitudes morales, des iniquités, qui en droit n'ont aucune existence. Quand une loi les abolit, elle n'a pas besoin de l'effet rétroactif. Bien plus, chacun des trois pouvoirs de l'État, le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, a qualité pour ne pas reconnaître ces institutions, et pour les abolir ainsi dans la pratique. — Inutile de réfuter une semblable théorie : je signalerai seulement dans l'exécution une difficulté que présenterait la fixation et la délimitation de ces atrocités et de ces turpitudes; car les vues subjectives des divers dépositaires des trois pouvoirs de l'État pourraient bien ne pas s'accorder. Il pourrait se trouver parmi eux des communistes conséquents, qui mettraient la propriété au nombre des atrocités et des turpitudes.

Si l'on admet avec moi l'existence de deux classes de règles de droit soumises à des principes diamétralement opposés, il est de la plus haute importance de déterminer rigoureusement les limites de ces deux classes.

Dans beaucoup de cas, cette délimitation n'est nullement douteuse : dans ceux, par exemple, où la loi abolit entièrement une institution. Des doutes peuvent s'élever quand la loi n'abolit pas

tout à fait une institution, mais seulement la modifie (*d*). Il s'agit alors d'examiner impartialement le contenu et le but de la loi : un signe certain de démarcation, et suffisant dans la plupart des cas, est de constater si la loi nouvelle figure parmi ces lois toutes positives et rigoureusement obligatoires qui ont leurs racines hors du domaine du droit pur (p. 505). Nous devons en pareil cas la comprendre parmi les lois sur l'existence des droits, lois auxquelles ne s'applique pas le principe de non rétroactivité.

§ CCCXCIX. B. *Existence des droits. — Applications. — Exception.*

Passant aux applications du principe fondamental posé au § 398, je diviserai les rapports de droits en différentes classes, ainsi que je l'ai fait pour les lois sur l'acquisition des droits; mais la classification ne sera pas la même.

I) La première classe et aussi la plus importante comprend certains rapports de droit qui de leur nature s'étendent au delà de la vie humaine, sont même destinés à une durée illimitée, et ne finissent qu'accidentellement dans un cas particulier. On peut, en général, désigner ces

(*d*) J'ai signalé ces doutes en général, § 384. On trouve des cas particuliers de ce genre, § 390, num. 3, 4, § 393, num. 6.

rapports comme des restrictions mises à la liberté personnelle ou à la liberté de la propriété foncière, et souvent ils sont mêlés à des droits réels et à des obligations. La plupart, je ne dis pas tous, ont une existence historique en ce que leur origine appartient à une tout autre époque, et à une organisation politique qui n'est plus. Ces rapports sont donc arrêtés définitivement; et, à la différence des autres rapports de droit, on ne peut en créer arbitrairement de nouveaux (*a*). Les lois qui abolissent ou qui modifient ces institutions sont toutes positives et rigoureusement obligatoires, parce qu'elles ont leurs racines hors du domaine du droit pur (§ 398).

Parmi ces rapports je citerai, en droit romain, l'esclavage, depuis longtemps inconnu à l'Europe actuelle.

Des institutions suivantes appartenant à cette classe, les unes existent encore, les autres se sont conservées jusqu'à nos jours; et ce sont :

La servitude de la glèbe;

Les charges réelles de toute espèce consistant en prestations en argent, en fruits, en services, en corvées, notamment le droit de dîme;

Les fiefs;

Les fidéicommis de famille;

Les servitudes prédiales;

(*a*) Voy. plus haut, § 392, *e*.

L'emphytéose (*b*).

Sur ces diverses matières le rapport entre les lois anciennes et les lois nouvelles peut difficilement être l'objet d'un doute.

II) La seconde classe comprend quelques institutions de droit touchant les rapports des deux sexes. Les lois relatives à ces institutions rentrent dans notre sujet, parce qu'elles ne reposent pas sur des motifs de droit pur, mais sur des motifs moraux et en partie religieux. Les différents cas appartenant à cette catégorie sont :

I) Le divorce. Quand une loi nouvelle autorise ou interdit le divorce en général, ou modifie les causes pour lesquelles il peut être demandé, quelle est l'influence de cette loi nouvelle sur les mariages existants?

Envisagée au point de vue purement juridique, cette loi a la même nature qu'une loi sur l'aliénation de la propriété. Le divorce enlève à chacun des conjoints les droits résultant du mariage, mais il libère chacun d'eux de ses obligations envers l'autre; et il leur confère les avantages du célibat, la faculté de contracter un autre mariage. D'après cela on pourrait croire qu'il en

(*b*) Ces deux dernières institutions n'ont pas, comme les précédentes, un caractère historique qui nous reporte à un ordre de choses aboli; mais les lois qui les transforment sont, par leurs motifs et par leur but, du même genre que les lois sur les dîmes et sur les corvées.

est des lois sur le divorce comme des lois sur le droit des biens (§ 396). En conséquence, les époux auraient acquis irrévocablement le droit de faire juger leur divorce futur d'après la loi en vigueur à l'époque de la célébration de leur mariage.

Néanmoins cette assimilation ne doit pas être admise, parce que les lois sur le divorce ont un motif et un but moral, conséquemment une nature rigoureusement obligatoire, et font partie des lois sur l'existence du mariage (*c*). Cela est également vrai, soit que la loi nouvelle rende le divorce plus difficile ou plus facile. Dans le premier cas, son motif dominant est de maintenir la pureté et la sainteté du mariage; dans le second, de faire une part plus large à la liberté individuelle (*d*) : ce sont donc toujours des principes

(*c*) Si l'on demande pourquoi j'attribue exclusivement ce caractère au divorce, et pourquoi je le refuse aux autres parties du droit purement personnel du mariage, telles que les droits et les devoirs respectifs des époux, en voici la raison : Le législateur et le juge n'ont sur ces parties du droit qu'une très-faible influence, tandis qu'une décision sur l'existence ou la non-existence du mariage (sur le divorce) est très-susceptible d'exécution.

(*d*) Il ne s'agit pas ici d'une liberté purement arbitraire, d'une négation de toute contrainte qui n'aurait aucun caractère de moralité, il s'agit de protéger la liberté morale des époux contre tout obstacle extérieur qui porterait atteinte à cette liberté, et par là même à la pureté du mariage. Telle est l'idée primitive des Romains, idée qui se forma dans un temps où l'ancienne Rome eut les mœurs les plus pures. L. 134, pr.

moraux dont nous n'avons pas à apprécier ici la valeur respective, puisque nous nous occupons seulement de déterminer la nature des lois de cette espèce.

La doctrine que je viens d'établir a été reconnue en Prusse par la législation transitoire, sauf une légère modification. Quand, en 1814 et en 1816, le code prussien fut introduit ou rétabli dans plusieurs provinces (*e*), on ordonna que, pour les mariages existants, le divorce serait désormais jugé d'après le code, c'est-à-dire sans avoir égard à la loi en vigueur lors de la célébration du mariage : seulement, on ajouta cette exception très-modérée et très-juste, qu'un fait admis par le code comme motif de divorce ne pourrait être invoqué s'il s'était passé sous l'empire de la loi étrangère, et si cette loi ne l'admettait pas comme motif de divorce.

Les lois sur les demandes en nullité de mariage ont absolument la même nature que les lois sur le divorce.

2) Les libéralités entre époux. Souvent les lois nouvelles, même de nos jours, ont mis des restrictions à ces libéralités. En droit romain, nous trouvons comme institution très-ancienne et

de V. O. (XLV, 1); L. 14, C., de nupt. (V, 4); L. 2, C., de inut. stip. (VIII, 39).

(*e*) Provinces au delà de l'Elbe, § 9; Prusse occidentale, § 11 ; Posen, § 11 ; Saxe, § 11 (Voy. § 383).

très-développée la prohibition des donations entre époux (*f*).

On pourrait croire qu'une semblable loi appartient exclusivement au droit des biens, et alors on ne devrait avoir égard qu'à l'époque de la célébration du mariage. Mais en réalité une semblable loi a une nature rigoureusement obligatoire, par conséquent elle s'applique immédiatement aux mariages déjà contractés. En effet, son but est de soustraire la pureté du mariage à l'influence de calculs intéressés. On ne doit donc pas admettre que les époux aient acquis irrévocablement le droit de faire juger leurs libéralités réciproques d'après la loi en vigueur à l'époque de la célébration de leur mariage.

J'ai déjà présenté les mêmes considérations au sujet de la collision des lois locales (§ 379, Num. 4).

3) Les enfants naturels. Les droits que la cohabitation hors mariage attribue soit à la mère, soit à l'enfant, contre le père, sont une des matières les plus difficiles et les plus controversées non-seulement du droit privé, mais aussi de la législation politique.

On peut prendre comme point de départ un délit commis par le père, ce qui pour notre droit commun serait justifié par les lois de l'em-

(*f*) Voy. vol. IV, § 162-164.

pire (*g*); ou bien encore la parenté naturelle, malgré l'incertitude du fait de la paternité (*h*).

Dans les deux cas on pourrait prétendre que le fait de la cohabitation, pris comme signe de la paternité, constitue un droit immuable, qu'une loi postérieure ne pourrait modifier pour étendre ou pour restreindre les droits de l'enfant et de la mère. Alors la loi nouvelle ne s'appliquerait qu'aux enfants naturels à naître.

Mais en réalité les lois de cette espèce ont toujours une nature rigoureusement obligatoire, parce qu'elles se rattachent à un but moral. Sans doute personne ne contestera qu'il est à souhaiter, dans l'intérêt de la morale et de l'État, que tous les enfants soient légitimes, et que l'existence des enfants naturels est un mal regrettable. On peut par l'extension des droits des enfants

(*g*) Reichspolizeiordnung. 1530, Tit. 33, 1548, Tit. 25, 1577, Tit. 26. — Telle est aussi la déclaration du A. L. R., I, 3, § 36, 37 (dans le § 37, on doit lire 10 au lieu de 11, qui est une faute d'impression). — Mais quand il s'agit de fonder sur ce délit une action en dommages-intérêts, on se perd dans les hypothèses les plus singulières et les plus hasardées.

(*h*) La présomption : *pater est quem nuptiæ demonstrant*, repose sur la dignité et la sainteté du mariage. Le fait de la cohabitation hors mariage avoué ou prouvé, n'a pas la moindre ressemblance avec ce principe; car, à côté du fait de la cohabitation, le concours possible d'autres hommes rend tout incertain, et bien plus encore le fait de ce concours quand il est établi (*exceptio plurium*).

vouloir adoucir leur sort, et combattre l'inconduite des hommes; on peut, au contraire, par la restriction ou l'annulation de ces droits, réprimer la légèreté des femmes, et protéger la tranquillité des mariages contre les prétentions des femmes étrangères. Quelle que soit la mesure adoptée par la loi nouvelle, la moralité du but est incontestable, sans qu'on ait besoin de discuter lequel de ces deux systèmes est préférable en soi et le mieux justifié par l'expérience.

Ces principes admis, la loi nouvelle sur les enfants naturels doit recevoir une application immédiate, sans égard à la loi en vigueur à l'époque où l'enfant est né ou conçu. — J'ai déjà établi cette règle en ce qui touche les collisions locales (§ 374, notes *aa*, *bb*).

La loi française, qui interdit même la recherche de la paternité (*i*), et par conséquent, sauf le cas de la reconnaissance volontaire, dénie toute action au fils naturel contre le père, est conforme à nos principes. On a critiqué injustement cette loi comme entachée de rétroactivité (*k*). On l'a défendue maladroitement comme relative à l'état de la personne en soi (*l*). Sa vé-

(*i*) Code civil, art. 340 : « La recherche de la paternité est interdite. »

(*k*) Struve, p. 233.

(*l*) Weber, p. 79-82. Ce point de vue est aussi celui des auteurs français.

ritable justification est dans sa nature rigoureusement obligatoire.

Dans le même sens, seulement en d'autres termes que la loi française, une loi transitoire prussienne permet aux enfants naturels, nés sous l'empire de la loi étrangère, de faire valoir immédiatement les droits que leur confère le code prussien (*m*).

III) Une troisième classe enfin comprend un grand nombre de lois sur des institutions purement juridiques, que ces lois abolissent tout à fait ou modifient d'une manière essentielle. Dès lors elles doivent s'appliquer immédiatement aux rapports de droit déjà constitués.

Telle est la loi de Justinien qui abolit la double propriété (*ex jure quiritium* et *in bonis*), et lui substitue une propriété unique réunissant tous les droits séparés jusqu'alors (*n*). — Telle est encore la loi française qui refuse au propriétaire d'une chose mobilière la revendication, quand dans un pays le droit français est substitué au droit romain. Ce changement devrait s'appliquer immédiatement à la propriété mobilière, comme

(*m*) Provinces au delà de l'Elbe, § 11; Prusse occidentale, § 14; Posen, § 14 (Voy. § 383).

(*n*) L. un. C., de nudo j. Quir. toll. (VII, 25). Dès lors il ne peut plus être question du *fundus italicus* ni des *res mancipi*. L. un., C. de usuc. transform. (VII, 31).

aussi le changement inverse dans le droit de la propriété.

Je citerai aussi les lois nouvelles qui établissent des servitudes légales comme restrictions naturelles de la propriété, ou qui abolissent des servitudes du même genre (§ 390, Num. 2).

La substitution du droit hypothécaire prussien au droit de gage romain a la même nature. Ces deux systèmes ne peuvent subsister ensemble, et il faut que l'un fasse place à l'autre (§ 390, Num. 3). Je dirai tout à l'heure (§ 400) comment on doit s'y prendre pour effectuer ce changement sans violer aucuns droits.

Je mentionnerai enfin le cas où la succession testamentaire jusque-là reconnue dans un pays serait abolie par une loi nouvelle (§ 393, Num. 6).

Le principe fondamental qui régit ces trois classes de lois nouvelles peut souffrir des exceptions, comme celui qui régit les lois relatives à l'acquisition des droits (§ 397). Seulement ces exceptions ne sauraient étendre l'efficacité de la loi nouvelle, puisque le principe même lui donne toute l'extension possible; mais elles peuvent, au contraire, la restreindre comme ménagements.

J'ai déjà cité (§ 399, II, 1) un exemple de cette

espèce de cas emprunté à une loi transitoire prussienne.

La loi prussienne sur le divorce a dû s'appliquer immédiatement, excepté à certains faits de nature à motiver le divorce.

Une exception semblable se trouve dans la loi du royaume de Westphalie qui abolit les fiefs et les substitutions, c'est-à-dire les transforme en propriétés libres. Naturellement cette loi devait, non-seulement prohiber la création de nouveaux fiefs et de nouvelles substitutions, mais aussi atteindre les fiefs et les substitutions actuelles. Elle le fit, avec ce ménagement que le prochain cas de succession serait encore réglé d'après l'ancien droit (*o*).

§ CCCC. *Existence des droits. — Justification des lois sur cette matière.*

Je reviens à la question posée plus haut (p. 505), touchant la légitimité des lois qui nous occupent.

On a vu que ces lois, du moins dans la plupart des cas et les plus importants, doivent nécessai-

(*o*) Plus tard la loi prussienne du 11 mars 1818 se rattacha à cette exception, en déclarant rétablis pour toujours les fiefs et les fidéicommis pour lesquels ne s'était pas encore présenté le cas le plus prochain de succession qui avait été réservé. Gesetzsammlung, 1818, p. 17.

rement toucher aux droits acquis; car elles anéantissent ou modifient essentiellement les institutions de droit elles-mêmes, c'est-à-dire aussi les divers rapports de droit que régissent ces institutions (*a*), sans égard à la volonté des titulaires des droits.

Tout en admettant ce fait, on peut prétendre que par là même les lois de cette espèce sont inadmissibles et condamnables comme violations de droit. Ceux qui feraient cette objection supposent évidemment que toute atteinte portée à un droit acquis sans le consentement du titulaire est, au point de vue juridique, radicalement impossible, et cette impossibilité leur apparaît comme un principe supérieur et absolu. C'est précisément cette supposition que je ne saurais admettre, par les motifs suivants :

D'abord elle est incompatible avec la nature générale et avec l'origine du droit. Le droit a ses racines dans les convictions communes du peuple. D'un côté, elles diffèrent essentiellement des convictions variables, accidentelles et passagères de l'individu; d'un autre côté, elles sont soumises à la loi d'un développement progressif, et on ne peut se les figurer dans un état de fixité et d'immobilité (*b*). Nous ne saurions donc re-

(*a*) Voy. vol. I, § 4, 5, la définition que je donne des rapports de droit et des institutions de droit.

(*b*) Vol. I, § 7.

connaître à un siècle le pouvoir d'imposer irrévocablement ses propres convictions à tous les temps à venir. — Quelques exemples mettent ce principe dans tout son jour.

Dans toute l'antiquité, l'esclavage était regardé comme une espèce de nécessité naturelle, et l'on n'admettait pas la possibilité qu'un peuple civilisé subsistât sans esclaves. Aux yeux de l'Europe chrétienne l'esclavage est absolument impossible, et contraire à toutes les idées de droit (*c*). Entre ces deux extrêmes l'action continue des mœurs et des idées chrétiennes a été si lente et si insensible, qu'on ne saurait déterminer avec certitude l'époque à laquelle cessa l'ancien état de choses. Maintenant, au contraire, supposons que ce changement se soit accompli rapidement, par suite d'une impulsion violente et subite communiquée aux esprits, on ne pourrait dénier à une telle

(*c*) Plusieurs auteurs ont essayé d'obscurcir et d'affaiblir ce contraste, en comparant les peines sévères telles que la réclusion et les travaux forcés, auxquelles sont soumis les hommes libres dans les temps modernes, avec le sort souvent doux et heureux des esclaves de l'antiquité. Mais cette comparaison altère le véritable rapport des choses. Pour saisir nettement ce contraste il ne faut pas perdre de vue l'origine de l'esclavage par la naissance; secondement, l'assimilation en droit des esclaves, considérés comme marchandise, avec les animaux domestiques (Ulpian. XIX, 1). — Je ne m'occupe pas ici des différences que présente l'état actuel des esclaves en Orient et en Amérique.

époque le droit de sanctionner la conviction devenue générale, et d'abolir pour l'avenir l'esclavage comme institution de droit. On peut d'ailleurs imaginer plusieurs moyens pour ménager la transition et l'effectuer sans dangers.

Le droit de dîme nous fournit un autre exemple du même genre. Dans des temps où la culture du sol était peu développée et stationnaire, la dîme pouvait être une institution convenable, simple, naturelle et très-répandue. Quand l'activité industrielle eut fait des progrès, on dut se convaincre que cet impôt mis sur le revenu brut entravait toute amélioration de l'agriculture, et souvent était d'une exécution impossible.

Les débiteurs souffraient de cet état de choses, et avec eux l'État tout entier; mais les créanciers pouvaient s'opposer à la modification d'un impôt qui leur était commode. Quand on fut généralement convaincu des désavantages de la dîme, qui n'était pas rachetable, la législation la déclara rachetable, procurant ainsi à l'État et aux débiteurs un bénéfice évident, sans néanmoins aucun préjudice pour le créancier, que l'on indemnisait complétement.

Le premier motif que je viens de développer pour justifier les lois qui, en abolissant ou en transformant des institutions, touchent à des droits acquis, était tiré de l'origine du droit, c'est-à-dire fondé sur la considération du peuple,

dont les convictions forment la racine du droit lui-même. Un second motif donnant le même résultat se tire des individus considérés comme titulaires des droits acquis. Ceux qui soutiennent l'inviolabilité absolue des droits acquis, ne condamnent que la contrainte faite aux titulaires par les lois nouvelles; et ils admettraient la légitimité de l'innovation, si les titulaires consentaient à l'abolition ou à la modification de leurs droits. Maintenant examinons de plus près la nature de ces possesseurs des droits acquis. Le droit acquis nous apparaît comme une extension donnée à la puissance d'un individu, et il a toujours un caractère plus ou moins accidentel (*d*). Or, l'individu n'a qu'une existence limitée et passagère. Si maintenant on critique les lois qui, en abolissant ou en modifiant des institutions, portent atteinte aux droits acquis, cette critique du moins, vu la nature du titulaire, doit être, sous un double point de vue, renfermée dans d'étroites limites.

La légitimité de l'action de la loi nouvelle peut tout au plus être contestée, tant que vit le titulaire d'un droit acquis. S'il laisse des héritiers, ceux-ci n'avaient, lors de la promulgation de la loi nouvelle, aucun droit acquis susceptible d'être violé. En d'autres termes : tout droit de succession est purement positif; et quand une

(*d*) Voy. vol. I, § 4, 52, 53.

loi nouvelle le soumet à des conditions et à des restrictions, cela ne peut jamais constituer une violation de droits acquis. Appliquons ce principe au cas cité plus haut comme exemple. Si la loi nouvelle qui voulait abolir l'esclavage eût ordonné qu'à l'avenir aucun héritier n'acquerrait à ce titre la propriété des esclaves, elle n'eût certainement violé aucun droit acquis.

Cette considération reposait sur la fin prochaine de toute vie humaine : si nous nous reportons à son commencement, nous arriverons au même résultat. Tout homme doit reconnaître l'état du droit qu'il trouve établi au moment de sa naissance. Si donc antérieurement à sa naissance une loi nouvelle a aboli ou modifié une institution, pour lui du moins cette loi n'a pu violer un droit acquis (*e*).

Néanmoins ces motifs ne valent que pour repousser l'illégitimité absolue des lois qui nous occupent. En effet, je suis loin de vouloir accorder aux lois de cette espèce une action illimitée et arbitraire. Nous devons plutôt faire sortir toute cette question du domaine du droit absolu, pour la replacer dans le domaine de la législation politique, où est son véritable siége ; et ici,

(*e*) Meier, p. 34, 35. Voy. § 395, *b*. — Ainsi donc une loi qui abolit les fiefs ou les substitutions ne porte certainement pas atteinte aux droits de ceux qui naîtront plus tard.

pour prévenir de fâcheuses méprises, nous ne saurions assez recommander la prudence, la sagesse et la modération. Voici à peu près la marche à suivre en de pareils cas.

D'abord le législateur doit user d'une grande réserve, ne pas admettre légèrement la nécessité de pareilles lois, et ainsi se défier de ces motifs fondés sur de pures théories, sur une prétendue opinion publique réclamant une innovation pour le bien de l'État.

Il doit ensuite, dans l'exécution, user de beaucoup de ménagements pour ne pas violer l'équité. En ce qui touche les lois les plus importantes de cette classe, qui concernent des rapports de droit destinés à durer toujours (§399, I), l'équité sera ménagée, si, au lieu d'abolir une institution, on la modifie, si les rapports de droit cessent seulement d'être indissolubles. Que par ces moyens les titulaires des droits reçoivent une véritable et complète indemnité, la loi aura atteint son but. Cela n'est pas difficile dans les cas si nombreux de charges réelles de toute espèce, où il n'y a ordinairement que deux personnes en présence. La politique et l'économie politique auront pleine satisfaction, si la liquidation de ces droits s'opère par voie d'indemnité, sans enrichir une des parties aux dépens de l'autre; ce qui n'est jamais justifié par la nature de pareilles lois.

De nos jours l'Angleterre nous a donné un grand exemple d'équité, quand, en émancipant les esclaves, elle a indemnisé aux frais de l'État les propriétaires d'esclaves de la perte qu'ils éprouvaient.

Ce but est très-difficile à atteindre, quand il s'agit d'abolir les fiefs et les fidéicommis; car les prétentions et les expectatives de ceux appelés à succéder sont extrêmement incertaines. On peut essayer de diminuer le préjudice en différant pour un temps l'exécution de la loi (§ 399, *o*).

Dans beaucoup de cas une indemnité n'est pas nécessaire; il suffit de ménager la transition de manière à écarter tout préjudice possible. C'est ce que l'on a fait dans les cas nombreux où le régime hypothécaire prussien a remplacé le droit de gage établi par le droit commun. Il s'agissait uniquement de conserver aux anciens créanciers munis d'un gage, leurs droits et leur priorité. A cet effet, il leur a été notifié publiquement de se faire connaître dans un certain délai, et de faire inscrire leurs créances sur les nouveaux registres des hypothèques, avec le rang que leur assignait l'ancien droit.

Il n'y eut pas besoin de semblable mesure et moins encore d'indemnité, lorsque Justinien abolit la double propriété (§ 399, *n*). En effet, ce changement n'enlevait à personne ni droit ni avantage ; et le but que se proposait le législa-

teur, d'après sa propre déclaration, se trouva atteint, quand la jeunesse studieuse fut délivrée de l'effroi que lui inspirait l'érudition inutile exigée jusqu'alors en cette matière.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME HUITIÈME.

Pages.

Préface. 1

LIVRE III.

EMPIRE DES RÈGLES DU DROIT SUR LES RAPPORTS DE DROIT.

§ CCCXLIV. Introduction. 5

CHAPITRE PREMIER.

LIMITES LOCALES DE L'EMPIRE DES RÈGLES DU DROIT SUR LES RAPPORTS DE DROIT.

§ CCCXLV. Coup d'œil général. 12
§ CCCXLVI. L'origine et le territoire comme causes de la soumission de la personne à un droit positif déterminé. 17
§ CCCXLVII. Droits territoriaux contradictoires dans le même État. 22
§ CCCXLVIII. Droits territoriaux contradictoires dans les États différents. . . . 27
§ CCCXLIX. Suite. 34
§ CCCL. Principes du droit romain sur l'*origo* et le *domicilium*. — Introduction. 41
§ CCCLI. Principes du droit romain sur l'*origo* et le *domicilium*. 46

Pages.

§ CCCLII. Principes du droit romain sur l'*origo* et le *domicilium*.— I. *Origo* (Suite). 53
§ CCCLIII. Principes du droit romain sur l'*origo* et le *domicilium*. — II. *domicilium*. 60
§ CCCLIV. Suite. 66
§ CCCLV. Principes du droit romain sur l'*origo* et le *domicilium*. — Effets de ces rapports. 70
§ CCCLVI. Suite. 78
§ CCCLVII. Suite. 88
§ CCCLVIII. *Origo* et *domicilium* en droit actuel. 91
§ CCCLIX. Suite. 97
§ CCCLX. Transition à l'étude des divers rapports de droit. 107
§ CCCLXI. Suite. 118
§ CCCLXII. I. État de la personne en soi (capacité du droit et capacité d'agir). 133
§ CCCLXIII. Suite. 140
§ CCCLXIV. Suite. 146
§ CCCLXV. Suite. 159
§ CCCLXVI. II. Droit des choses. — Règles générales. 167
§ CCCLXVII. II. Droit des choses. — Propriété. 180
§ CCCLXVIII. II. Droit des choses. — *Jura in re*. 187
§ CCCLXIX. Droit des obligations. — Introduction. 198
§ CCCLXX. Droit des obligations. — Juridiction de l'obligation 203
§ CCCLXXI. III. Droit des obligations. — Ju-

Pages.

ridiction de l'obligation (Suite). 231
§ CCCLXXII. III. Droit des obligations. — Droit local. 243
§ CCCLXXIII. Suite. 253
§ CCCLXXIV. III. Droit des obligations. — Droit local. Questions de droit diverses. 259
§ CCCLXXV. IV. Droit de succession. 290
§ CCCLXXVI. Suite. 294
§ CCCLXXVII. IV. Droit de succession. — Questions de droit diverses. 306
§ CCCLXXVIII. IV. Droit de succession. — Droit prussien. 312
§ CCCLXXIX. V. Droit de la famille. — A. Mariage. 320
§ CCCLXXX. V. Droit de la famille. — B. Puissance paternelle. — C. Tutelle. 334
§ CCCLXXXI. Formes des actes juridiques (*Locus regit actum*). 344
§ CCCLXXXII. VI. Suite. 355

CHAPITRE II.

LIMITES DANS LE TEMPS DE L'EMPIRE DES RÈGLES DU DROIT SUR LES RAPPORTS DE DROIT.

§ CCCLXXXIII. Introduction. 363
§ CCCLXXXIV. Deux espèces de règles de droit. 368
§ CCCLXXXV. A. Acquisition des droits. — Principe fondamental. 376
§ CCCLXXXVI. Suite. 386
§ CCCLXXXVII. Suite. 393
§ CCCLXXXVIII. A. Acquisition des droits. — Ap-

F. h. 196

		Pages.
	plication du principe fondamental.	400
CCCLXXXIX.	A. Acquisition des droits. — Applications. — I. État de la personne en soi.	406
§ CCCXC.	A. Acquisition des droits. — Applications. — II. Droit des choses.	412
§ CCCXCI.	Suite.	418
§ CCCXCII.	A. Acquisition des droits. — Applications. — III. Droit des obligations.	426
§ CCCXCIII.	A. Acquisition des droits. Applications. — IV. Droit de succession.	438
§ CCCXIV.	Suite.	459
§ CCCXCV.	Suite.	472
§ CCCXCVI.	A. Acquisition des droits. — Applications. — Droit de la famille.	482
§ CCCXCVII.	A. Acquisition des droits. — Exceptions.	495
§ CCCXCVIII.	B. Existence des droits. Principe fondamental.	503
§ CCCXCIX.	B. Existence des droits. Applications. — Exceptions.	510
§ CCCC.	Existence des droits. — Justification des lois sur cette matière.	520

FIN DU HUITIÈME ET DERNIER VOLUME.

005800653

A LA MÊME LIBRAIRIE

MONUMENTS DE L'ÉGYPTE ET DE LA NUBIE. [illegible]

[illegible]

NOTICES DESCRIPTIVES [illegible]

[illegible]

GRAMMAIRE ÉGYPTIENNE, [illegible]

[illegible]

LETTRES A M. DE GLAUBE, [illegible]

[illegible]

ÉGYPTE ANCIENNE, [illegible]

[illegible]

PHÉNIQUE ET NÉOPHÉNIQUE. — [illegible]

[illegible]

Digitized by Google

Digitized by Google